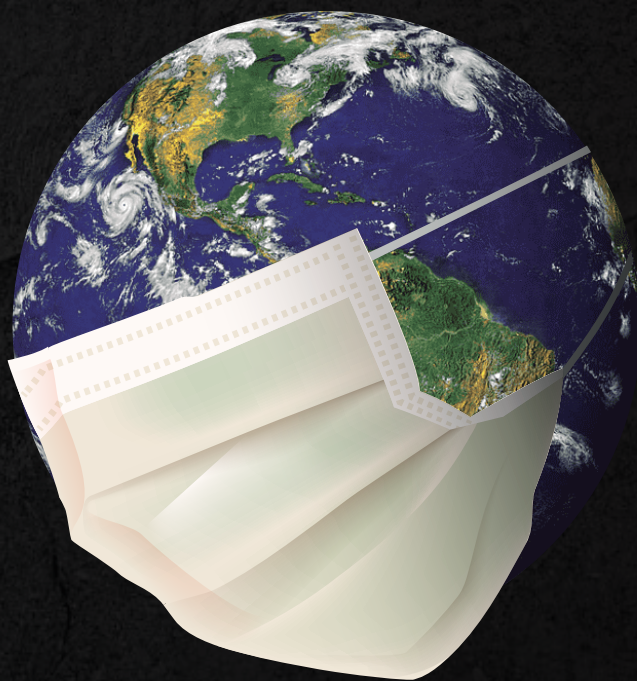


# Derecho de los Desastres: Covid-19



**Tomo I: Perú**



Derecho de los Desastres:  
Covid-19



# Derecho de los Desastres: Covid-19

**Tomo I: Perú**



FACULTAD DE  
DERECHO



*Derecho de los Desastres: Covid-19*

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020

Facultad de Derecho

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.

Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660

[www.facultad.pucp.edu.pe/derecho](http://www.facultad.pucp.edu.pe/derecho)

Diseño de cubierta: Gaby Gamarra

Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera Edición Digital: Septiembre 2020

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-06224

ISBN: 978-612-4440-13-7

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio-, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Diagramado en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

# Contenido

## Presentación

Decano de la Facultad de Derecho

*Alfredo Villavicencio Ríos*

15

## TOMO I

### PERÚ

## DERECHO CIVIL

### Cambio de circunstancias

El derecho en los tiempos del COVID-19: la fuerza mayor se ha hecho «viral» y la excesiva onerosidad, también

*Luciano Barchi Velaochaga*

23

El COVID-19 y el cambio de circunstancias a nivel contractual. Un estudio preliminar

*Jairo Cieza Mora*

41

El impacto del COVID-19 en la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú

*Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza*

93

Frustración del cumplimiento contractual por evento extraordinario: una construcción desde el Civil Law

*Guillermo Andrés Chang Hernández*

103

Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato

*Hugo Forno Odría*

117

Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias

*Sergio García Long*

151

## **Incumplimiento**

Apuntes sobre el incumplimiento contractual generado por el aislamiento social obligatorio  
*Alfredo F. Soria Aguilar* 191

La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia en el COVID-19  
*Roger Vidal Ramos* 203

## **Contratos**

Contratos de servicio educativo y pandemia  
*Max Salazar Gallegos* 231

El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales. Evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución  
*Walter Vásquez Rebaza* 289

Impacto del aislamiento social obligatorio en los contratos de arrendamiento de viviendas  
*Lorena Guardia Muguruza* 357

## **Personas y familia**

El amor en los tiempos del coronavirus. Los retos del derecho de familia  
*Yuri Vega Mere* 377

La problemática jurídica del derecho a la identidad personal frente al COVID-19  
*Carlos Antonio Agurto Gonzáles y  
María-Pía Guadalupe Díaz Díaz* 389

## **Reales y registral**

COVID-19 y la resiliencia del sistema registral peruano  
*Gilberto Mendoza del Maestro* 409

El bien común y el ejercicio de los derechos reales en épocas de pandemia  
*Mario Solís Córdova* 425

La propiedad y el común. Reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis  
*José Carlos Fernández Salas* 451



## **DERECHO CONSTITUCIONAL**

- El constitucionalismo de emergencia ante la pandemia del coronavirus  
*César Landa* 471

## **DERECHO LABORAL**

- Retorno seguro al trabajo. Algunas consideraciones a propósito del  
síndrome del edificio enfermo  
*Laura Torres Soto y*  
*Orlando De las Casas de la Torre Ugarte* 487

- El teletrabajo llegó para quedarse. Comentarios en torno a esta herramienta  
laboral en auge en la nueva normalidad  
*César Puntriano Rosas* 507

- La (in)seguridad jurídica laboral en el Perú en tiempos de pandemia  
*André Jorge Cossio Peralta* 531

## **DERECHO PENAL**

- Privados de libertad, derecho penal y pandemia  
*Iván Meini* 551

- Riesgos penales en tiempos de COVID-19  
*Juan Diego Ugaz Heudebert* 567

- El virus de la desobediencia a la Policía Nacional del Perú en estado de  
emergencia: fortaleciendo el debilitado principio de autoridad  
*Víctor García Sandoval* 589

- Prescripción penal y estados de emergencia  
*Pamela Morales Nakandakari* 603

## **DERECHO AMBIENTAL**

- Sistema jurídico ambiental, derecho de los desastres y COVID-19  
*Pierre Foy Valencia* 617

## **DERECHO DE LITIGIOS**

- El impacto del COVID-19 en la conducción de los arbitrajes  
*Mario Reggiardo Saavedra y*  
*Álvaro Cuba Horna* 639

Hacia una práctica de <i>Arbitration Tech</i> . Aproximación a la ciberseguridad en el arbitraje internacional y nacional <i>Héctor Campos García</i>	687
Tecnología y oralidad en el proceso civil <i>Renzo Cavani</i>	703
Debido proceso en tiempos de pandemia <i>Rafael Prado Bringas y Francisco Zegarra Valencia</i>	723
Innovaciones necesarias para los arbitrajes institucionales en el Perú <i>Marianella Ventura</i>	743
Leyes salvajes, suspensión de peajes y coronarbitrajes <i>Fabio Núñez del Prado</i>	753
Suspensión de acuerdos internacionales de inversión <i>Eugenia Simó García</i>	853
La tutela jurisdiccional efectiva en tiempos de COVID-19: apuntes sobre la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en materia cautelar <i>Kevin Villanueva Sotomayor</i>	863
<b>DERECHO DE SEGUROS</b>	
Derecho de seguros y COVID-19 <i>Alonso Núñez del Prado Simons</i>	891
La actual problemática del seguro de interrupción del negocio frente al COVID-19 <i>Carlos Augusto Acosta Olivo y Pedro Richter Valdivia</i>	921
<b>DERECHO COMERCIAL</b>	
Continuidad de las sociedades durante los desastres mediante la celebración de juntas de accionistas y sesiones de directorio <i>Mariano Però Mayandía</i>	953
Juntas generales de accionistas no presenciales en la sociedad anónima ordinaria: ¿se requiere un cambio de la Ley General de Sociedades? <i>Gabriella Valenzuela</i>	967

Mecanismos concursales adoptados para enfrentar la crisis del COVID-19 <i>Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero</i>	985
Cobrar o condonar, esa es la cuestión: comentarios al cobro de intereses en reprogramaciones durante el COVID-19 <i>Dario Bregante Tassara y Adolfo Morán Cavero</i>	1003
<b>DERECHO ADMINISTRATIVO</b>	
Las potestades de la administración sanitaria peruana y COVID-19 <i>Juan Carlos Morón Urbina</i>	1023
<b>TEORÍA GENERAL</b>	
El derecho en tiempo de emergencia sanitaria <i>Carlos Ramos Núñez</i>	1047
Estado de emergencia mundial y el nuevo Nomos de la tierra <i>Eduardo Hernando Nieto</i>	1053
Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza <i>Fernando del Mastro Puccio</i>	1067
Hacer elecciones y tomar decisiones en tiempos de pandemia: un análisis desde la teoría de la justicia <i>José Enrique Sotomayor Trelles</i>	1081
Dinámicas alrededor de la educación en una facultad de derecho en pandemia: hallazgos preliminares <i>Hans Enrique Cuadros Sánchez</i>	1105

**TOMO II**  
**ESTUDIOS INTERNACIONALES**

**LATINOAMÉRICA**

- El «hecho del príncipe» como circunstancia sobreviniente durante la ejecución de los contratos  
*Carlos Pizarro Wilson* 1121
- ¿Cómo enfrentar los efectos del COVID-19 en una legislación que no reconoce explícitamente la «teoría de la imprevisión»?  
*Enrique Alcalde Rodríguez* 1137
- Gobernanza del riesgo de desastres frente al COVID-19 en Ecuador  
*Hugo Cabueñas* 1149
- O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade  
*Flávio Tartuce* 1175

**REINO UNIDO**

- Covid-19 and frustration in English law  
*Hugh Beale y*  
*Christian Twigg-Flesner* 1185
- Coronavirus contract law in Scotland  
*Hector L. MacQueen* 1201

**ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

- Force majeure in the time of coronavirus  
*Kenneth A. Adams* 1223

**EUROPA**

- Financing the corona crisis in the European Union, meandering between national selfishness and community thinking  
*Hans-Bernd Schäfer* 1237
- La Unión Europea en tiempos de coronavirus  
*Alessandro Somma* 1245

Teaching and researching in law during the beginning of the corona pandemic <i>Viola Heutger</i>	1269
Coronavirus: force majeure? Hardship? Deferral of obligations? Some practical elements. Advice for the analysis and redaction of clauses <i>Denis Philippe</i>	1277
Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts <i>Guido Alpa</i>	1295
Legislatore e giudice nel governo delle sopravvenienze contrattuali originate dalla pandemia COVID-19 <i>Claudio Scognamiglio</i>	1309
L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19 <i>Pietro Sirena</i>	1325
La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti in Italia <i>Fabrizio Piraino</i>	1339
The COVID-19 crisis beyond civil liability <i>Francesca Benatti</i>	1387
El coronavirus en el derecho de daños. Responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19 <i>Albert Ruda</i>	1407
Un primer análisis sobre los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19 <i>Fernando Gómez Pomar</i>	1431
Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: «Rebus sic stantibus». Con ocasión de una reciente propuesta institucional <i>Ángel Carrasco Perera</i>	1459
COVID-19, fuerza mayor y contrato, en el amplio panorama del Derecho de los Desastres <i>Carmen Jerez, María Kubica y Albert Ruda</i>	1475

Estonian contract law. How well prepared to response to pandemic <i>Irene Kull y</i> <i>Georg Kuusik</i>	1499
Greece. Corona virus and its impact on contracts <i>Eugenia Dacoronia</i>	1521
<b>Sobre los autores</b>	1527

# Presentación

Terminando la segunda década del siglo XXI, el mundo se encuentra trágicamente zarandeado por una pandemia, algo que los ciudadanos comunes pensábamos que era cosa del pasado, que la arrogante especie dominante en la Tierra tenía las herramientas para combatir bacterias y virus, o para mantenerlas a raya en un corto período de tiempo, y que el *status quo* no sufriría cambios repentinos. Por lo que, con alegría o pesar, según el lado de la balanza en la que cada uno se encontraba, la vida transcurría bajo las reglas de una globalización que acentuaba las premisas del capitalismo, tras quedarse sin oponente político después de la caída del muro de Berlín.

En el altar de la competitividad, y en muchos casos de la corrupción, se sacrificaron importantes derechos sociales y se privatizaron intensamente los servicios básicos como la salud, la educación y la seguridad. El Estado de bienestar dejó de tener «una mala salud de hierro» y comenzó a decaer en un viaje regresivo a los orígenes del capitalismo, en el sentido de que todo quedaba librado a las posibilidades individuales. La crisis financiera «made in USA» (Stiglitz) de 2008 había cuestionado el modelo, pero la rápida recomposición con firme intervención del Estado no condujo a una situación de transformación, de modo que el modelo siguió adelante con ligeros cambios en los sistemas de control del mundo de las finanzas.

En este contexto, desde diciembre de 2019 hemos asistido a una propagación del coronavirus, que va camino al año de existencia, con 30 millones de infectados y un millón de muertos. Y las consecuencias económicas de la pandemia son cuantiosas para el mundo entero, dado que, por la facilidad de contagio, como en el Medievo, el principal instrumento de lucha contra ella es el alejamiento social, en versión confinamiento, para los momentos más agudos, y en versión funcionamiento parcial y distanciado, para el día a día.

Y esta situación, como no podía ser de otro modo, ha remecido al Derecho por completo: familia, identidad, educación, seguridad social, trabajo, contratos y obligaciones, delitos, delincuencia, estados de emergencia, seguros, finanzas, sociedades, concursal, elecciones, etcétera. Todo ello le ha dado un gran vigor a lo que se venía denominando Derecho de los Desastres, razón por la cual hemos adoptado esta denominación para este relevante libro, que publica la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el objeto de contribuir a que el ordenamiento jurídico cumpla sus importantes funciones generales de garantizar los derechos fundamentales así como los equilibrios y relaciones políticas, institucio-

nales, económicas y sociales, en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho y con las modulaciones que exige la pandemia mundial que estamos viviendo.

Dando por descontada la actualidad del libro, nos encontramos con una obra de grandes dimensiones cuantitativas y cualitativas. Comencemos señalando que se trata de 67 ensayos que cubren diferentes situaciones jurídicas generadas tanto en el campo de la teoría general como en los campos del derecho constitucional, laboral, civil, penal, procesal, ambiental, comercial y administrativo. Es una muy ambiciosa propuesta académica que va más allá de los confines nacionales y agrega a los 45 estudios de autores peruanos, 17 estudios europeos, 4 latinoamericanos y uno de los Estados Unidos.

Se trata, sin lugar a dudas, de una gran contribución al estudio de las relaciones sociales, políticas, económicas y sociales, en su más amplio sentido y desde el prisma jurídico, que contribuirá a la labor de todos los actores del derecho, de los estudiantes y de todos los ciudadanos que han visto afectada su vida en algún sentido por esta dramática situación. Agradecemos a Sergio García Long, quien tuvo a su cargo la labor de editor del libro desde su inicio hasta junio de este año, así como a Vito Salvador Florian, quien la concluyó, así como a cada uno/a de los/as autores/as que generosamente han contribuido a que esta publicación se materialice y cumpla con sus altos fines.

Lima, setiembre de 2020

**Alfredo Villavicencio Ríos**

Decano de la Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú



**TOMO I**

---

6

**PERÚ**



# **DERECHO CIVIL**



## **Cambio de circunstancias**



**El derecho en los tiempos del COVID-19:  
la fuerza mayor se ha hecho «viral», y la excesiva  
onerosidad, también**

*Luciano Barchi Velaobaga*  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima





*Y digo, pues, que ya habían los años de la fructífera encarnación del Hijo de Dios llegado al número de mil trescientos cuarenta y ocho, cuando en la egregia ciudad de Florencia, bellísima entre todas las de Italia, sobrevino una mortífera peste. La cual, bien por obra de los cuerpos superiores, o por nuestros inicuos actos, fue en virtud de la justa ira de Dios, enviada a los mortales para corregirnos, tras haber comenzado algunos años atrás en las regiones orientales, en las que arrebató innumerable cantidad de vidas y, desde donde, sin detenerse en lugar alguno, prosiguió devastadora, hacia Occidente, extendiéndose de continuo.*

Boccaccio  
DECAMERON

## **1. El estado de la cuestión**

Con fecha 15 de marzo de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que declaró el estado de emergencia nacional por el plazo de quince (15) días calendario y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectaron la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19.<sup>1</sup>

Durante el estado de emergencia nacional se garantizó el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el referido decreto supremo.

Esto supuso la continuación de las actividades de las empresas que prestan los servicios antes señalados e, implícitamente, la suspensión legal de las actividades empresariales no establecidas en ese decreto supremo.

Inmediatamente se produjo una avalancha de invocaciones de fuera mayor (FM) en el seno de diferentes tipos de contratos, sea porque se consideraba al COVID-19

---

1 Ampliado temporalmente mediante los decretos supremos N° 051- 2020-PCM, N° 064-2020-PCM y N° 075-2020-PCM; y precisado o modificado por los decretos supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020- PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064- 2020-PCM, N° 068-2020-PCM y N° 072-2020-PCM. Ampliado por el Decreto Supremo N° 083-2020-PCM hasta el 24 de mayo de 2020.

como un hecho «extraordinario, imprevisible e irresistible», sea porque se consideraba que esas características correspondían al Decreto Supremo N° 044-2020-PCM («hecho del príncipe»).

Al respecto, habría que parafrasear a Carrasco Perera cuando señala: «Si no fuera porque los bares están cerrados, hasta en ellos hablarían los parroquianos de la Fuerza Mayor. Se ha hecho “viral”. “Expertos” y paganos pontifican a troche y moche sobre este extremo del COVID-19. El ruido está embrollándolo todo» (Carrasco Perera, 2020).

En el Perú, la discusión tomó como premisa el artículo 1315 del Código Civil, que establece: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Como se aprecia, el artículo citado define la FM como un evento «extraordinario, imprevisible e irresistible», pero debe tenerse en cuenta que muchos contratos incorporan una «cláusula de fuerza mayor» que contiene una definición distinta de ella. Por eso, para poder determinar si es el COVID-19 o el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM lo que constituye el evento de FM, hay que ver el caso concreto.

Por otra parte, la discusión dejaba de lado que la FM es un evento impeditivo; es decir, que el evento para calificar de FM debe tornar imposible la prestación debida, y para poder determinar si la prestación se torna imposible hay que analizar caso por caso teniendo en consideración a qué se obligó el deudor.

Por tanto, este artículo pretende analizar la FM respecto a un tipo de contrato: los contratos de suministro de gas natural.

## 2. La FM en los contratos de suministro de gas natural

La FM supone un evento impeditivo. En efecto, para poder alegar FM el deudor debe ver impedida la ejecución de su prestación. Determinar las características del evento que constituye FM dependerá de si se aplica supletoriamente el artículo 1315 del Código Civil (extraordinario, imprevisible e irresistible) o de si el contrato contiene una cláusula de FM<sup>2</sup> (en cuyo caso dependerá de lo que las partes hayan acordado).

La imposibilidad sobreviniente es pues una condición previa para la FM («impide la ejecución de la obligación») (Antonmattei, 1992, p. 59). En efecto, si el evento no impide al deudor la ejecución de la prestación a su cargo, este no podrá invocar FM para excusarse del incumplimiento, aun si el evento reuniera las características de la FM.<sup>3</sup> Este es el caso de las obligaciones dinerarias: su ejecución nunca se torna

---

2 Una cláusula de FM permite a las partes describir las características del evento de FM. Esto es común en los países del *common law* y en los contratos comerciales internacionales. Es cada vez más común encontrarlas en contratos sujetos a leyes peruanas, en las que las partes se apartan de las características del artículo 1315 del Código Civil.

3 La concepción clásica señala tres características: exterioridad (*exteriorité*), imprevisibilidad (*imprévisibilité*) e irresistibilidad (*irrésistibilité*). Nuestro Código Civil no se refiere a la exterioridad, sino a la extraordinariedad. La falta de claridad de las características anotadas —que da a los jueces un margen de discreción peligrosamente amplio— ha llevado a recurrir a las cláusulas de FM.

imposible (*genus nunquam perit*): lo genérico no perece. En efecto, la impotencia financiera (la falta de recursos financieros) no se considera una excusa frente al incumplimiento. Como señala Bénabent: «on dit qu'il n'existe pas de force majeure financière, ce qui emporte non seulement que la force majeure ne se conçoit pas pour des obligations de payer), mais encore que, pour toute obligation, les difficultés financières du débiteur ne peuvent jamais constituer une force majeure» (Bénabent, 2018, p. 91; ver también Bianca, 1993, p. 46).

La taxonomía de la imposibilidad sobreviniente se articula tradicionalmente en las siguientes subespecies: imposibilidad objetiva y subjetiva, relativa y absoluta, e imputable y no imputable.

Se suele señalar que la imposibilidad debe ser objetiva y absoluta (Brecia, 1991; Ruscello, 2003, p. 28; Ruscello, 2009). La imposibilidad de la prestación se dice objetiva cuando no solo es imposible para el particular deudor, sino también lo es para cualquier otra persona en su lugar y en las mismas circunstancias. La objetividad de la imposibilidad determina que son irrelevantes las causas que conciernen solo a la persona del deudor; es decir, son irrelevantes los casos de imposibilidad meramente subjetiva. La imposibilidad subjetiva es la que se personaliza en el deudor.

Como señala Trimarchi, la imposibilidad: «es manifiestamente una noción objetiva, independiente de dificultades, impedimentos subjetivos o circunstancias desafortunadas relativas a la programación y a la organización del deudor» (Trimarchi, 2008, p. 350). Luego, este autor agrega: «el impedimento personal del deudor puede tener relevancia liberatoria solo en el caso en el que la referencia a la persona del deudor sea elemento definidor de la prestación debida: por tanto puede ser liberatoria, por ejemplo, la enfermedad de quien se ha obligado a realizar una presentación artística o una prestación profesional personal» (Trimarchi, 2008, p. 350).

La imposibilidad subjetiva tendrá lugar en los casos en los cuales existe una conexión estrecha e indisoluble entre la persona del deudor, como ocurre comúnmente en el caso de los contratos *intuitu personae* (Iacono Quarantino, 2008, p. 948). En tales supuestos, dado que el cumplimiento está estrechamente ligado a las cualidades personales de deudor,<sup>4</sup> no pueden dejar de asumir relevancia las vicisitudes que interesan directamente al deudor.

Los eventos que afectan física o psíquicamente la persona del deudor privándolo de la aptitud de ejecutar la prestación (infortunios, enfermedades, graves desgracias familiares, etcétera) pueden calificar como FM cuando se trata de prestaciones de carácter personal (*intuitu personae*) (Bianca, 1994, p. 33). En estos casos el contraer el COVID-19 «podría» ser calificado como FM.

La imposibilidad debe ser absoluta en el sentido de que «el impedimento no puede ser superado de ninguna manera, cualquiera sea el esfuerzo que el deudor pueda hacer» (Caringella & De Marzo, 2007, p. 372); el carácter «absoluto» de la imposibilidad niega la relevancia de la simple *difficultas praestandi*. La imposibilidad absoluta es la que prescinde de la conducta diligente y se identifica con el evento que es insuperable por cualquier esfuerzo humano.

---

<sup>4</sup> «Artículo 1149.- La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que esta fue elegida por sus cualidades personales».

Teniendo en cuenta lo señalado, al analizar los contratos de suministros de gas natural lo que debe determinarse, antes que nada, es cuál es la obligación de la empresa generadora (la suministrada) y cuál la del productor (el suministrante) en dicho contrato.

El artículo 1604 del Código Civil define el contrato de suministro de la siguiente manera: «Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar a favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes». Los contratos de suministro pueden ser gratuitos u onerosos. Cuando son onerosos, el suministrado debe pagar el precio al suministrante.

Teniendo en cuenta lo señalado, la obligación del suministrado (empresa generadora) es la de pagar el precio al suministrante. Teniendo en consideración lo dicho respecto a las obligaciones dinerarias, la obligación de pagar el precio no se ha tornado imposible. Pero esta no es la obligación que las empresas generadoras alegan que se ha visto impedida por la FM.

Ahora bien: debe tenerse en cuenta que el contrato de suministro en firme de gas natural tiene ciertas particularidades: el suministrado no adquiere diariamente una cantidad de gas natural de acuerdo con sus necesidades, sino que se «compromete» a adquirir diariamente un determinado volumen. Esto nos lleva a las cláusulas *take-or-pay* y *make-up* propias de la contratación internacional en el mercado de gas natural.

Para entender las cláusulas *take-or-pay* debe tenerse presente la función económica de los contratos de suministro en firme. ¿Cuál es la función económica del contrato de suministro? Pues el suministrante asegura la colocación de su producción por un tiempo determinado y el suministrado asegura el abastecimiento del producto que precisa para su actividad, garantizando el flujo continuo del producto que requiere para su negocio sin el riesgo de la contratación sucesiva y el riesgo de que los proveedores no le puedan suministrar el producto requerido en la cantidades, calidades y oportunidades necesarias. El suministro evita tener que incurrir en costos de transacción (costos de selección) que supone celebrar contratos (compraventas) cada vez que necesite del producto (Sanín Bernal, 1993, pp. 59 y siguientes).

En el caso del contrato de suministro en firme de gas natural el productor asegura la colocación de su producción de gas natural por un tiempo determinado y, por su parte, el suministrado se asegura la provisión de gas natural de modo suficiente para garantizar sus necesidades por el mismo tiempo.

En este sentido, el contrato de suministro en firme de gas natural es un acuerdo en virtud del cual se disipa el riesgo. El productor no tiene que preocuparse de la situación del mercado, puesto que el suministrado se ha comprometido a adquirir un volumen determinado, y el suministrado ya no tiene que preocuparse de la existencia del gas natural, pues dicho riesgo corre a cargo del productor, quien garantiza la existencia de un volumen determinado.

Como se puede apreciar, en los contratos de suministro en firme de gas natural el suministrado tiene una obligación, la de adquirir mensualmente un volumen determinado de gas natural; si no compra dicho volumen, debe pagar al suministrado

la cantidad correspondiente al volumen que se comprometió a adquirir; de ahí la expresión «lo tomas o lo pagas» (*to take or to pay*).<sup>5</sup>

En cada contrato se establece la cantidad mínima diaria que el suministrado debe «nominar»; dicho en otras palabras, el suministrado está obligado a «nominar» un volumen de gas natural no mayor al previsto en el contrato como *daily contract quantity* ni menor al mínimo previsto que es el *take-or-pay quantity*.

Analícemos, entonces, si esta obligación —la de nominar— es la que se ha tornado imposible de manera objetiva y absoluta.

### **3. ¿El estado de emergencia generó la imposibilidad de la obligación de nominar del suministrado?<sup>6</sup>**

Como se señaló al inicio, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, el Estado peruano declaró el «estado de emergencia nacional». Durante el «estado de emergencia nacional» se garantizó la continuidad de los servicios de energía eléctrica y gas.

Como se puede apreciar, el Estado garantizó ciertas actividades, lo que supone la continuidad de sus operaciones durante el «estado de emergencia nacional», activando los protocolos de seguridad destinados a salvaguardar la salud de su personal, la del personal de sus contratistas y de terceros (Resolución Viceministerial N° 014-2020-MINEM-VMH).

Las actividades no contempladas en el numeral 2.1 del decreto supremo implícitamente debieron dejar de operar. Este no fue el caso de las empresas generadoras (suministradas) ni de los productores de gas (suministrantes).

Por lo expuesto, en la medida en que las empresas generadoras debían seguir operando, no se produce un supuesto de imposibilidad objetiva y absoluta. En efecto, la nominación podía realizarse de la manera prevista en el contrato de suministro, pues no se afectó ningún aspecto técnico que hiciera imposible que el suministrado haga conocer al suministrante el volumen diario de gas requerido.

¿Qué es la «nominación» (*nomination*)? Desde el punto de vista jurídico, es la oferta de compra de gas natural que realiza la empresa generadora diariamente. Como señala Rizzi: «una esplicita richiesta di consigna, nei termini e nei modi indicati dal contratto» (Rizzi, 2017, p. 1553). ¿Puede alegarse seriamente que era imposible formular una oferta de compra? La respuesta es obvia.

---

<sup>5</sup> Respecto a la calificación del pacto *take or pay* (dentro de un sistema del *civil law*) se ha discutido si se trata de una penalidad (cláusula penal) o de una obligación alternativa. Obviamente, si se tratara de una penalidad, para poder exigirla el «incumplimiento» (del tomar/*to take*) debe ser imputable y, por ello, si hubiera un evento de FM, no existiría la obligación de pagar (*to pay*). Sin embargo, la doctrina considera que se trata de una obligación alternativa y, en tal sentido, si la obligación de tomar (*to take*) se torna imposible (incluso por causas no imputables), la obligación se concentra en la obligación de pagar (*to pay*) (ver Brutti, 2016; Rizzi, 2017, p. 1566).

<sup>6</sup> En estricto, la FM consistiría en un acto del Estado («acto de príncipe»), una norma legal cuyo efecto impediría, retrasaría o haría ilegal o comercialmente inviable el cumplimiento de los productores o el cliente, en virtud del presente, o que requeriría que los productores o el cliente, con la finalidad de cumplir con la referida norma legal, tomen medidas comercialmente irrazonables bajo las circunstancias.

Ahora bien: las empresas generadoras no han alegado que se encuentren imposibilitadas de manera objetiva y absoluta de nominar. Lo que las empresas generadoras alegan es algo distinto. Ellas afirman que, como consecuencia del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus prórrogas, que supusieron que ciertas actividades económicas tuvieran que paralizar, se produjo una reducción de la demanda eléctrica y que, por tal sentido, el COES no ordenaba a las empresas generadoras (térmicas) inyectar energía al sistema (Santivañez, 1998). Por tanto, en estricto, no estaban impedidos de adquirir gas natural; lo que ocurre es que, si no generaban electricidad, «no necesitaban» adquirirlo.

Como puede observarse, entre «no necesitar el gas natural» y «verse impedidos de nominar» hay una gran diferencia. Si no hay un evento impeditivo, no hay FM; y si no hay FM, se debe tomar el gas natural o pagar (*to take or to pay*). Esto es lo que acordaron las partes.

Un último análisis. Jurídicamente puede distinguirse entre la «nominación» y la recepción del gas natural. ¿Era «imposible» para las generadoras recibir el gas natural? La respuesta es negativa: no existía ningún impedimento —objetivo y absoluto— para que la generadora recibiera el gas natural que el suministrante ponía a su disposición.

Pero incluso en el negado supuesto de que pudiera hablarse de imposibilidad, esto no eximiría al suministrado (la empresa generadora) de recibir el gas natural. La recepción del gas natural constituye una carga de colaboración del suministrado y su inobservancia conlleva la mora del acreedor. En efecto, de acuerdo con el artículo 1338 del Código Civil: «El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».

En tal sentido, si el suministrado no recibe el gas natural no permite que el suministrante pueda ejecutar la obligación a su cargo; ello implicaría, entonces, que la empresa generadora (suministrado) es acreedora del suministrante respecto a la obligación de este de entregar el gas natural. Si la empresa generadora (suministrado) se niega a recibir el gas natural —sin motivo legítimo—, estaría en mora (mora del acreedor).

Si bien la mora del acreedor (negativa injustificada a colaborar —recibir la prestación puesta a su disposición por el deudor—) impide la ejecución de la prestación por parte del deudor e incluso dicho impedimento puede ser temporal —cesa en cuanto el acreedor decida tardíamente prestar la colaboración—, no debe confundirse con la imposibilidad temporal de la prestación del deudor, pues esta no supone necesariamente la mora del acreedor (la falta de colaboración), sino que puede producirse imposibilidad temporal por causas ajenas a la conducta del acreedor.

Si las empresas generadoras se niegan «sin motivo legítimo» a recibir el gas natural puesto a disposición por el suministrante, están en mora del acreedor. Si se presentara un evento que obstaculice la cooperación del acreedor (suministrado), ello no supondría que este pueda invocar la FM. Esto es así porque la culpa no constituye un presupuesto necesario de la *mora accipendi* y, por tanto, la constitución en mora del acreedor se dará, incluso, si el acreedor se viera impedido por un hecho que no le fuera imputable.

Al respecto, Cattaneo advierte:

Quanto poi al criterio distintivo, esso è talora evidente: se il creditore rifiuta volontariamente il suo concorso o lo omette per propria colpa, si ha ovviamente mora; se invece la prestazione del debitore è impedita da circostanze estranee alla condotta del soggetto attivo, è altrettanto certo che si verifica un'impossibilità. Un dubbio potrebbe invece sorgere in presenza di evento che ostacolino non direttamente l'attività dell'obbligato, ma la cooperazione del creditore. Tale problema tuttavia è stato già risolto, quando si è giunti alla conclusione che la colpa non costituisce un necessario presupposto della mora accipendi, e che perciò la costituzione in mora è possibile anche quando il creditore sia impedito da un fatto a lui non imputabile. (1973, pp. 69-70)

Se dice, pues, que la mora del acreedor es «*inculpata*»; por tanto, el suministrado no puede alegar FM para eximirse de su carga de colaboración. Es cierto que el artículo 1338 del Código Civil hace referencia a «sin motivo legítimo», pero la doctrina de manera unánime reconoce que se refiere al hecho de que el acreedor puede negarse justificadamente a recibir el bien que el deudor pone a su disposición cuando no se dan los requisitos objetivos de regularidad del pago (identidad, indivisibilidad e integridad).

Por tanto, tampoco respecto a la carga de recibir cabe invocar FM por parte del suministrado.

#### 4. La excesiva onerosidad de la prestación (EOP)

Ahora bien: ¿correspondería alegar EOP?

De acuerdo con el artículo 1440 del Código Civil:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Al respecto, habría que señalar que, para la EOP, a diferencia de la FM, el evento no es impeditivo (Delfini, 2003, p. 9); es decir, la prestación es posible. En efecto, el obstáculo para la ejecución de una prestación puede ser tal que no produzca propiamente una imposibilidad, pero ser de tal intensidad que incida sensiblemente en el equilibrio económico del contrato (Cabella Pisu, 2002, p. 21).

De la fórmula «fuerza de ley» (principio de vinculación del contrato o *pacta sunt servanda*) fluye la idea de «vínculo contractual»; es decir, de la sujeción de las partes a los efectos del contrato.<sup>7</sup> Según De Nova, de dicha fórmula se des-

<sup>7</sup> Temporalmente puede no darse la coincidencia entre vínculo y efectos; en tal sentido, puede subsistir el vínculo aun si el contrato no produce todos sus efectos, como ocurre, por ejemplo, en el contrato sujeto a condición suspensiva.



prenden cuatro significados del principio de vinculación del contrato (De Nova, 2011, pp. 17-18):

- 1) Un primer significado subraya el rol del contrato como acto de autonomía: es el contrato el que obliga a las partes. Por tanto, el autor italiano precisa la fórmula «fuerza de ley» utilizada en el Código Civil italiano: es el contrato y no la ley. El juez (el árbitro) debe aplicar fielmente el contrato;
- 2) Un segundo significado por el cual el contrato no puede ser modificado por decisión unilateral de una de las partes;
- 3) Un tercer significado es aquel según el cual el contrato no puede ser terminado por decisión unilateral de una de las partes; y,
- 4) Un cuarto significado es aquel según el cual el contrato debe ser cumplido. Para ser más preciso, el principio de vinculación contractual impone a las partes cumplir las obligaciones contractualmente asumidas. Y en caso de que se incumpla se proporcionan los remedios generales y específicos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la parte fiel (Roppo, 2001, p. 534).<sup>8</sup>

Como bien reconoce Roppo, el principio de vinculación (*pacta sunt servanda*) no es absoluto y, por tanto, admite excepciones; es decir, los vínculos contractuales no son homogéneos y tienen una escala de intensidad variable (Roppo, 2002, p. 498). En tal sentido, debe afirmarse que el vínculo contractual no puede ser disuelto ni modificado unilateralmente por una de las partes, salvo por acuerdo de las partes o por causas admitidas por la ley.<sup>9</sup>

Como hemos visto, el cuarto significado que se desprende del principio de vinculación contractual (*pacta sunt servanda*) impone a las partes cumplir las obligaciones contractualmente asumidas, bajo cualquier circunstancia. ¿El deudor sigue obligado a cumplir incluso si la prestación se torna imposible sobreviniendo por un evento de FM o si su ejecución resulta excesivamente onerosa por un evento extraordinario e imprevisible?

En el Código Civil peruano se da relevancia a algunas vicisitudes (hechos, eventos o circunstancias) sobrevinientes a la conclusión del contrato cuya gravedad es considerada tal como para justificar una limitación a la operatividad de la regla de la «fuerza de ley»: es el caso de la imposibilidad sobreviniente por un evento de FM (acontecimientos sobrevinientes que tornan imposible la prestación por causas no imputables) y de la EOP (acontecimientos sobrevinientes que tornan excesivamente onerosa la prestación).

En tal sentido, de acuerdo con el principio de vinculación contractual, el contrato debe ser cumplido siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada; sin embargo, el carácter obligatorio tiene excep-

---

8 Roppo (2001, p. 534) cree discutible que este significado se desprenda de la «fuerza» del contrato. Él considera que, más bien, se desprende de la «fuerza» de la obligación, cuya fuerza vinculante prescinde de la fuente, contractual o no.

9 La ley admite que en presencia de determinadas «causas» el vínculo contractual pueda disolverse o modificarse en sus contenidos por iniciativa de una de las partes; así, por ejemplo, la resolución del contrato por incumplimiento.



ciones: cuando se torna imposible la prestación por causas no imputables y cuando las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que alteran en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones. Esta última situación se conoce como EOP.

No obstante, la EOP «no vale, por sí sola, para exonerar al deudor de la responsabilidad por incumplimiento» (Gabrielli, 1994, p. 386). El hecho de que se genere un desequilibrio de las prestaciones no basta para liberar automáticamente al deudor de la responsabilidad por el incumplimiento (lo que ocurre con la imposibilidad). Es necesario que la parte de la prestación que se ve obstaculizada recurra al juez o al árbitro para valerse de los remedios previstos en el artículo 1440 del Código Civil.<sup>10</sup>

Como la doctrina lo ha señalado, «la disciplina sobre la resolución, o sobre la modificación, del contrato excesivamente oneroso puede aplicarse solo si el contrato es de prestaciones recíprocas, de ejecución continuada, periódica o diferida y la prestación debe aún ser ejecutada (o bien ha sido ejecutada solo parcialmente)...» (Gabrielli, 1994, p. 19; Terranova, 1995). En tal sentido, la alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones —recíprocas— puede manifestarse por dos vías diferentes, aunque relacionadas entre sí; vale decir, hay dos manifestaciones de la excesiva onerosidad: (i) el aumento del costo de la prestación, o (ii) la disminución del valor de la contraprestación.

En cuanto al aumento del costo de la prestación, el parámetro de valuación de la onerosidad sobrevenida se realiza a través de la comparación entre el valor de la prestación debida y el costo necesario para ejecutarla; en efecto, el evento extraordinario e imprevisible altera la estructura de costos originalmente prevista por el deudor, haciendo que la ejecución de la prestación resulte «excesivamente» más costosa; es decir, el costo de ejecutarla resulta mayor al valor de la contraprestación.<sup>11</sup>

Como se ha señalado, lo que las empresas generadoras alegan es que, como consecuencia del decreto supremo y sus prórrogas —que supusieron que ciertas actividades económicas tuvieran que paralizar—, se produjo una reducción de la demanda eléctrica y que, por tal sentido, el COES no ordenaba a las empresas generadoras (térmicas) inyectar energía al sistema. Por tanto, no «necesitaban» adquirir gas natural.

---

10 El remedio de la EOP es uno de adecuación del contrato y uno resolutorio (a la inversa de lo que ocurre en el Código Civil italiano, en nuestro Código el perjudicado debe pedir la adecuación de la prestación). Respecto al remedio de adecuación, nuestro Código Civil confía la tarea al juez (o al árbitro). Los Principios UNIDROIT y el «nuevo» Código Civil francés se la atribuyen a las partes (renegociación), y solo en defecto de acuerdo cualquiera de las partes podrá recurrir a un tribunal y este podrá resolver o adaptar el contrato (ver, al respecto, Marasco, 2006).

11 En los tiempos del COVID-19, el costo de los protocolos podría alterar la estructura de costos tomadas en cuenta al momento de la celebración del contrato. De hecho, ello puede hacer más onerosa la prestación, pero habrá que determinar en cada caso si ello torna «excesivamente» onerosa la prestación (ver Bullard González, 2003, p. 262-263; Trimarchi, 2003, p. 324).

A continuación, se realizará el análisis de la EOP sobre la base de esta alegación.

#### **4.1. Manifestaciones de la EOP**

##### **a) ¿Se ha producido un aumento del costo de ejecución de la prestación?**

Esta manifestación de la EOP se caracteriza por un aumento sustancial del costo de la prestación para quien debe ejecutar la prestación (no dineraria). Este aumento puede ser ocasionado, por ejemplo, por un aumento drástico del precio de las materias primas para la producción del bien que se obligó a entregar, o para la prestación de los servicios, o por nuevas reglamentaciones de seguridad que hacen más costosos los procedimientos de producción.<sup>12</sup>

En el presente caso, la prestación a cargo de las generadoras eléctricas es una obligación dineraria; por tanto, no correspondería argumentar —ni se hace— un aumento del costo de la ejecución de la prestación.<sup>13</sup>

##### **b) ¿Disminución del valor de la contraprestación?**

A esta manifestación se le conoce como «onerosidad inversa» y se caracteriza por una reducción significativa del valor de la contraprestación, incluyendo el supuesto en que la prestación ha perdido todo valor para la parte que la recibe. La prestación puede consistir o no en una prestación dineraria.

La disminución sustancial del valor de la prestación, o la pérdida total de su valor, puede responder a un cambio brusco en las condiciones del mercado o a la frustración de la finalidad a la que se destina la prestación.<sup>14</sup>

Teniendo en consideración lo alegado por las generadoras eléctricas, lo que estas podrían sostener —aunque no lo han hecho<sup>15</sup>— es que se ha producido una disminución del valor de la contraprestación (del gas natural), por cuanto el gas natural se adquiere con la finalidad de generar electricidad, y esta finalidad, como consecuencia de la situación generada por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se ha visto frustrada. Es decir, que para ellas el gas natural en estas circunstancias no tiene valor.

Visto de esta manera parecería, entonces, que las empresas generadoras sí tendrían la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad inversa. No obstante, debe tenerse en cuenta que la frustración de la finalidad del contrato de suministro de gas natural es, para la empresa generadora, temporal; vale decir, que el propósito por el que se contrató (adquirir gas natural para generar electricidad) se ha desvanecido, pero no definitivamente, sino mientras la demanda eléctrica, como consecuencia de la situación generada por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se encuentre disminuida.

12 Ver comentarios al artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROT, p. 150.

13 Ver, sobre el tema, Terranova (1995, pp. 134 y ss.); Gabrielli (1994, p. 61); Trimarchi (2008, p. 324). En la doctrina se discute en qué casos la depreciación monetaria constituye un evento extraordinario e imprevisible. En cualquier caso, de constituir un supuesto de EOP, serían los productores los que alegarían una reducción significativa del valor de contraprestación.

14 Ver comentarios al artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROT, p. 151.

15 Las empresas generadoras invocan FM.

Por otro lado, debe analizarse si en los contratos de suministro de gas natural las partes previeron o no la posibilidad de que las empresas generadoras no necesitaran, por cualquier razón, el gas natural. Veamos, entonces.

## 4.2. Acontecimiento extraordinario e imprevisible

De acuerdo con el artículo 1440 del Código Civil, la EOP debe ser producida por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Una de las funciones de los contratos —principalmente en los contratos de duración— es la asignación de los riesgos entre las partes involucradas. El contrato es un acto de previsión y, por tanto, las partes al celebrarlo se proyectan hacia el futuro; es decir, la previsión es la esencia del contrato.

En el lenguaje común, la previsión «es todo acto de prever, que consiste en representarse o en organizar algo de antemano, así como el fruto de esa acción, la conjetura o la hipótesis que de ella resulta. La previsión se reconoce en el hecho de que ella recae sobre un acontecimiento que es posterior al momento en que ha sido formulada y cuyo acaecimiento es más o menos incierto. La previsión conduce a su autor a un futuro incierto» (Lecuyer, 2010, p. 39).

Respecto al contrato:

las previsiones podrían ser de dos categorías distintas: en primera medida, ellas están constituidas por aquello que fue fruto del acuerdo entre las partes, el contenido de su acuerdo de voluntades. El razonamiento opera entonces en términos de objeto. Estas previsiones pueden considerarse como intrínsecas. Las previsiones son también los elementos que han guiado la decisión del contratante de vincularse, tanto en su principio como en los términos finalmente contraídos. El razonamiento aquí opera, entonces, en términos de causa, y las previsiones pueden ser catalogadas de extrínsecas. Esta distinción entre previsiones intrínsecas y extrínsecas no es absoluta, puesto que las partes pueden hacer entrar en el campo contractual, en sus previsiones intrínsecas, ciertos elementos de sus previsiones extrínsecas. (Lecuyer, 2010, p. 39)

A través de la previsión, las partes asignan los riesgos. En efecto, al prever para el futuro la ocurrencia de un evento, se distribuyen sus consecuencias. La adopción de un tipo contractual supone una distribución convencional del riesgo de manera implícita (Delfini, 1999, p. 33). Esto comprende también el hecho de incluir un determinado tipo de cláusula.<sup>16</sup>

En este caso, ¿cuál es el acontecimiento extraordinario e imprevisible? Se entendería de la alegación de las empresas generadoras que es la reducción de la demanda eléctrica que se produjo como consecuencia de que el decreto supremo y sus prórrogas dispusieron la paralización de ciertas actividades económicas. La reducción de la demanda eléctrica supuso entonces que el COES no les ordenara inyectar energía al sistema, por lo que las empresas eléctricas no necesitan gas natural.

---

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, incluyendo una cláusula de reajuste (artículo 1235 del Código Civil), para mantener la suma de dinero pactada en valor constate. Otro ejemplo, que veremos más adelante, es la incorporación de una cláusula *take or pay* en un contrato de suministro de gas natural.

¿Las partes en el contrato de suministro no previeron la posibilidad de que las empresas generadoras pudieran no necesitar el gas natural en algún momento y por cualquier razón?

### 4.3. Las cláusulas *take or pay*

Para ello es necesario tener en cuenta las cláusulas *take or pay* que se incluyen en los contratos de suministro de gas natural. La cláusula *take or pay* puede ser definida:

come la pattuizione in forza della quale una parte si obbliga, nel contesto di un contratto di fornitura (normalmente, ma non esclusivamente, di gas naturale), ad acquistare una quantità di gas natural, ad acquistare una quantità minima del bene oggetto del contratto in ogni periodo contrattuale (solitamente un anno); e a pagare tale quantità minima anche se la medesima non è, in tutto o in parte, effettivamente prelevata. (Rizzi, 2017, p. 1550)

Como explica Araya Maggi:

El propósito de estas cláusulas fue compensar al productor por estar disponible permanentemente a suministrar las cantidades máximas contratadas y, al mismo tiempo, eliminar el riesgo del productor de limitar sus ingresos a las cantidades eventualmente variables que el comprador pueda solicitar de tiempo en tiempo. Su objetivo, pues, fue asignar los riesgos entre las partes contratantes. En virtud de ella, el comprador estaba asumiendo el riesgo de deterioro de su propio mercado de venta y el vendedor, por su parte, se aseguraba recibir un determinado ingreso anual por la duración del contrato. En otras palabras, permite la distribución del riesgo de fluctuación de los precios del producto en el mercado, haciendo que ambas partes y no solo una de ellas asuma una porción de dicho riesgo. (Araya Maggi, 2017, p. 92)

La cláusula *take or pay* obliga al comprador a adquirir una cantidad mínima del producto o, alternativamente, a pagar esa mínima cantidad aun cuando no la haya tomado o aceptado recibirla (Araya Maggi, 2017, p. 92; Rizzi, 2017, p. 1550).

Como señala Brutti:

La finalidad de esta última [cláusula *take or pay*] es, como está bien ilustrado en una sentencia de la Court of Appeal americana (Fifth Circuit), la de subdividir los riesgos derivados de la producción y de la venta del gas entre vendedor y comprador. El vendedor asume los riesgos de la producción del gas, con notables costos iniciales y colaterales (ligados en particular, a la prospección, proyección y realización de las inversiones y *facilities*). A menudo recurre a financiamientos de los bancos que confían en las ventas futuras, a través de la producción y ventas de gas y para tal fin la solución es aquella de asignar al comprador una parte del riesgo, imponiéndole retirar el gas (*to take*) o, en caso de que no lo haga, de pagar, de todos modos, una contraprestación equivalente a una cantidad mínima de gas (*to pay*). (2016, p. 9)<sup>17</sup>

---

17 Ver también Rizzi (2017, pp. 1551 y siguientes).

En tal sentido, precisamente la función de la cláusula *take or pay* es asignar el riesgo y, por tanto, si la empresa generadora no necesitara el gas natural, deberá pagar por él. Como señala Brutti: «Las previsiones *take-or-pay* importan que el comprador tenga que pagar por determinadas cantidades de energía adquirida por el vendedor, independientemente del hecho que el mismo comprador no quiera (*non voglia*) o no pueda (*non possa*) retirar tales cantidades» (Brutti, 2016, p. 9). En el mismo sentido, Rizzi señala: «Sotto il profilo strettamente economico, dunque, i contratti muniti di clausola “*take or pay*” svolgono la fondamentale funzione di allocare una dei rischi dell’operazione fra le parti» y luego concluye: «Nella logica dell’operazione il rischio di mercato viene attribuito completamente al somministrato, che finisce per essere considerato la parte nella miglior posizione per sostenerlo» (Rizzi, 2017, p. 1559).

En tal sentido, en el contrato de suministro de gas natural, al incorporar una cláusula «*take or pay*», las partes sí han previsto la posibilidad de que, por cualquier razón, la empresa generadora no quiera o no necesite la cantidad de gas que se comprometió a adquirir y, en ese caso, la empresa generadora debe pagar (*to pay*).

Por tanto, no cabe invocar la EOP en el presente caso, puesto que no estamos frente a un evento imprevisible. Las partes han previsto que, aun en el caso de que la empresa generadora no necesite el gas natural, debe pagar (*to pay*).

Finalmente, en los contratos de suministro de gas natural, junto con la cláusula *take or pay* se encuentra la cláusula *make up*. Esta no exime al suministrado de pagar la cantidad mínima pactada, pero le permite retirarla en un momento sucesivo al momento que ha pagado la cuota *take or pay*.

Como explica Araya Maggi:

En la mayoría de los casos los contratos prevén en paralelo un derecho de recuperación del producto pagado, pero no recibido, denominado *make-up*, conforme al cual el comprador puede tomar cantidades a futuro, con una serie de restricciones en cuanto a plazo, precio y condiciones previas. El plazo limitado para poder recuperar el gas ya pagado (pero no tomado) sería una de las raíces de los inconvenientes generados a los gasoductos en el mercado, ya que si estos no estaban en condiciones de tomar suficientes volúmenes de gas —luego de cumplir con la obligación de recibir las cantidades mínimas comprometidas— las cantidades pagadas por anticipado jamás serían recuperadas. (Araya Maggi, 2017, p. 193)

En el contrato de suministro se ha previsto la cláusula *make-up*, de tal manera que las empresas generadoras podrán recuperar en el futuro (dentro de un plazo limitado) el producto pagado, pero no recibido.

## Referencias

- Antonmattei, Paul-Henri (1992). *Contribution à l'étude de la force majeure*. Paris: LGDJ.
- Araya Maggi, Cristián (2017). Cláusulas *take or pay*, origen estadounidense y efectos en el mercado chileno de la energía. *Revista chilena de derecho privado*, N.º 28, pp. 183-220.
- Bénabent, Alain (2018). *Droit des obligations*. (17e édition). Paris: LGDJ.
- Bianca, Massimo (1993). *Diritto civile*. Tomo 4. Milano: Giuffrè.
- Bianca, Massimo (1994). *Diritto civile*. Tomo 5. Milano: Giuffrè.
- Breccia, Umberto (1991). *Le obbligazioni. Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Brutti, Nicola (2016). Take-or-Pay clauses e destination clauses nei contratti di vendita internazionale del gas. En *Le clause dei contratti del commercio internazionale. A cura di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè.
- Bullard González, Alfredo (2003). ¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Cabella Pisu, Luciana (2020). *Impossibilità sopravvenuta. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli.
- Caringella, Francesco, & De Marzo, Giuseppe (2007). *Manuale di diritto civile. II Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
- Carrasco Perera, Ángel (abril de 2020). Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor. En *Publicaciones Jurídicas*, abril, pp. 1-11. Centro de Estudios de Consumo.
- Cattaneo, Giovanni (1973). *Mora del creditore. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli.
- Delfini, Francesco (1999). *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè.
- Delfini, Francesco (2003). *Dell'impossibilità sopravvenuta. Commentario fondato da Piero Schlesinger*. Milano: Giuffrè, 2003.
- De Nova, Giorgio (2011). Contratto: per una voce. En *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*. Padova: CEDAM.
- Diener, María Cristina (2002). *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè.
- Gabrielli, Enrico (1994). *La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación*. Madrid: Reus.
- Iacono Quarantino, Maurizio (2008). L'impossibilità sopravvenuta. En *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*. Tomo II. A cura di Pasquale Fava. Milano: Giuffrè.
- Lecuyer, Hervé (2010). El contrato: acto de previsión. *Revista de derecho privado*, N.º 18, Junio. Universidad Externado de Colombia.

El derecho en los tiempos del COVID-19:  
la fuerza mayor se ha hecho «viral», y la excesiva onerosidad, también

Marasco, Gerardo (2006). *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: CEDAM.

Rizzi, Antonio (2017). La clausola take or pay. En *Clausole negoziali. Profili teorici e applicative di clausole tipiche e atipiche*. A cura di Massimo Confortini. Torino: UTET.

Roppo, Vincenzo (2001). *Il contratto. Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè.

Ruscello, Francesco (2003). *Istituzioni di diritto privato*. Volume secondo: *Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè

Ruscello, Francesco (2009). *Diritto civile* diretto da Nocoló Limpari e Pietro Rescigno. Volume III: *Obbligazioni. I Il rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè.

Sanín Bernal, Ignacio (1993). El suministro: un contrato y también una realidad comercial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N.º 93.

Santivañez, Roberto (1998). Mercado eléctrico peruano: principios y mecanismos de operación y sistemas de precios. *Themis, Revista de Derecho*, N.º 37, pp. 111-128.

Terranova, Carlo (1995). *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469. Il Codice Civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger*. Milano: Giuffrè.

Trimarchi, Pietro (2003). *Istituzioni di diritto privato*. (Quindicesima edizione). Milano: Giuffrè.

Trimarchi, Pietro (2008). Incentivi e rischi nella responsabilità contrattuale. *Rivista di diritto civile*, anno LIV, N.º 3, maggio-giugno. Padova: CEDAM.





**El COVID-19 y el cambio de  
circunstancias a nivel contractual.  
Un estudio inicial**

*Jairo Cieza Mora*

Pontificia Universidad Católica del Perú



*Paneloux tendió en ese momento los brazos en la dirección del atrio, como si se señalase algo tras la cortina movediza de la lluvia: “Hermanos míos -dijo con fuerza-, es la misma caza mortal la que se corre hoy día por nuestras calles. Vedle, a este ángel de la peste, bello como Lucifer y brillante como el mismo mal. Erguido sobre vuestros tejados, con el venablo rojo en la mano derecha a la altura de su cabeza y con la izquierda señalando una de vuestras casas. Acaso en este instante mismo, su dedo apunta a vuestra puerta, el venablo suena en la madera, y en el mismo instante, acaso, la peste entra en vuestra casa, se sienta en vuestro cuarto y espera vuestro regreso. Está allí paciente y atenta, segura como el orden mismo del mundo. La mano que os tenderá, ninguna fuerza terrestre, ni siquiera, sabedlo bien, la vana ciencia de los hombres, podrá ayudaros a evitarla.*

Albert Camus. LA PESTE

## **1. Introducción: ¿el COVID -19 es un evento extraordinario e irresistible?**

Desde hace aproximadamente cuatro meses, hasta la publicación de este artículo, la población mundial viene siendo azotada por el coronavirus, microorganismo cuya expansión se ha convertido en pandemia (estado formalizado así por la Organización Mundial de la Salud) y ha atacado la vida, la salud, la economía y todas las relaciones sociales de la especie humana. Es como si estuviésemos ante una tercera guerra mundial, sino que en este caso no nos ataca una potencia con ojivas o armas nucleares, sino una enfermedad desconocida y agresiva que tiene como hospedante al hombre y que ha nacido en la ciudad de Wuhan, en la República Popular China, específicamente en un mercado de mariscos.

En el caso del Perú se ha ordenado el aislamiento social obligatorio mediante el Decreto Supremo N° 040-2020-PCM, del 15 de marzo. Esto implica que debido al virus, y para no generar el caos en los establecimientos de salud, el Estado ha decidido que las personas no salgan de sus hogares o lo hagan solo para temas esenciales de alimentación, salud o bancarios. Bien sabemos que un número alto de enfermos en estado crítico no podrían ser atendidos por un Estado que por décadas ha descuidado su sistema de salud y no le ha dado la prioridad que debería tener. La imagen sería de horror si los pacientes ya no pueden tener acceso a la ventilación mecánica o a camas en una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).

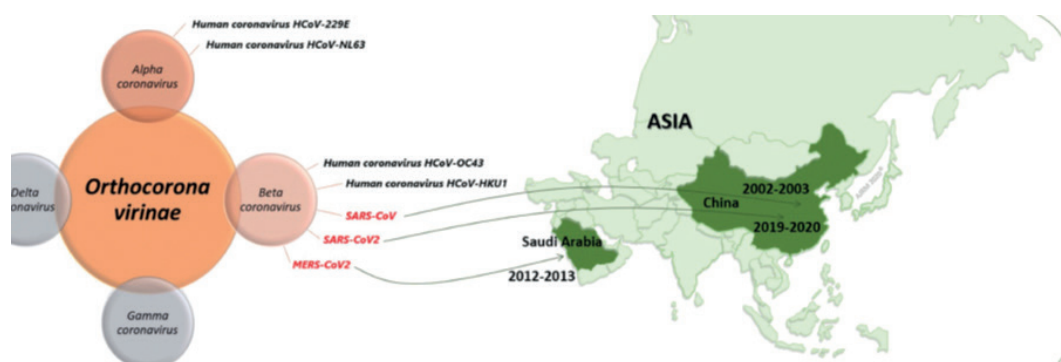
Bibliografía médica especializada ha señalado que: «Los coronavirus (CoV) en sentido amplio son un grupo de virus de ARN de cadena simple con envoltura. Estos pertenecen a la subfamilia *Orthocoronavirinae*, familia *Coronaviridae*, en el orden *Nidovirales*. Se clasifican en cuatro géneros: alfa, beta, gamma y Deltacoronavirus. Los dos primeros pueden infectar al ser humano» (Bonilla- Aldana et al., 2020, p. 2). Además:

los CoV son agentes patógenos que pueden ser transmitidos a los animales y al hombre; tienen una distribución mundial. La infección por CoV en animales particularmente en bovinos, cerdos, perros, entre otros, es conocida desde hace muchas décadas; [...]; de modo especial las aves desarrollan compromiso respiratorio semejante a una bronquitis. Los coronavirus, singularmente los de tipo beta, son zoonóticos; es por ello que, una completa vigilancia epidemiológica debería incluir también a los animales ya que son hospedadores susceptibles. (Bonilla-Aldana et al., 2020, p. 2)

En el caso de las personas la literatura científica ha señalado:

[...] en los humanos los CoV pueden originar diferentes enfermedades, desde resfriados frecuentes, hasta otras más graves como el síndrome respiratorio agudo grave (causado por el SRAGCoV) y el síndrome respiratorio del oriente medio (causado por el MERS-CoV) (Figura 1). El SARS fue identificado por primera vez a finales del 2002 en Guangzhou (Guangdong, China), cuando provocó 8.422 casos y 916 muertes en 29 países de los cinco continentes, por consiguiente, se denominó la primera pandemia del siglo XXI. (Bonilla Aldana et al., 2020, p. 3)

**Figura 1. Síndrome respiratorio agudo grave y síndrome respiratorio del Oriente Medio**



Finalmente: «La Organización Mundial de la Salud declaró al problema como una emergencia sanitaria de preocupación internacional y, además, le denominó “enfermedad por Coronavirus 2019” (COVID-19). Posteriormente, el Grupo de Estudio de Coronavirus le asignó al virus el nombre de SARS-CoV2. El enfoque de intervención de COVID-19 debe hacerse bajo la óptica de One Health» (Bonilla Aldana et al., 2020, p. 3).

Sobre el origen del COVID 19 se ha señalado que: «Esto si se tiene en cuenta que un animal tan importante como el murciélago, tenga pocos estudios de prevalencia para identificar la presencia del SARS-CoV2. Si se fortalece la vigilancia de estos animales podemos intervenir de manera importante, su ocurrencia en la población de humanos susceptibles, esto se puede lograr al entender que este COVID-19 es una enfermedad zoonótica» (Bonilla Aldana et al., 2020, p. 3). A la fecha en que se escribió este artículo, el COVID 19 afecta a más de un millón de personas en todo el mundo, miles de las cuales han muerto.

Además, el impacto del COVID-19 en las relaciones económicas ha sido y es indiscutible: contratos que no se pueden cumplir, la economía paralizada, la industria detenida, las bolsas de valores afectadas gravemente, la minería reducida a su mínima expresión, la actividad petrolera atravesando por una grave crisis por el precio del barril y el impacto de la pandemia; en fin, todas las actividades económicas que desarrollan los mercados se encuentran afectadas de suma gravedad por esta crisis sanitaria mundial.

Sobre el peligro para el mundo del control de nuestras identidades y datos personales, así como una intervención en nuestras vidas y relaciones sociales se ha señalado con alarma, pero no sin menos precisión, que: «Se ponen en servicio tecnologías inmaduras e incluso peligrosas, porque los riesgos de no hacer nada son mayores. Países enteros sirven como conejillos de indias en experimentos sociales a gran escala. ¿Qué sucede cuando todos trabajan desde casa y se comunican solo a distancia? ¿Qué sucede cuando escuelas y universidades enteras se conectan?». Esta escena me hace recordar a la película *1984* basada en el libro profético de George Orwell, en donde el ser humano y su mente está completamente dominado por una autoridad superior centralizada que controla la vida de cada sujeto y sus datos personales.

Sobre la exposición de la intimidad de las personas a la vigilancia del Estado y de corporaciones privadas, se indica que: «Uno de los problemas que enfrentamos al determinar dónde estamos parados en la vigilancia es que ninguno de nosotros sabe exactamente cómo estamos siendo vigilados y qué nos depararán los próximos años. La tecnología de vigilancia se está desarrollando a una velocidad vertiginosa, y lo que parecía ciencia ficción hace 10 años son hoy viejas noticias» (Harari, 2020).

¿Cómo, desde el derecho, podemos abordar esta problemática tan grave? ¿Qué pasa cuando los deudores no pueden realizar las contraprestaciones a sus acreedores? ¿Qué sucede cuando las circunstancias originarias en las que se ha celebrado un contrato ahora son completamente distintas y hacen que cumplir con la prestación en estas condiciones sea excesivamente oneroso y perjudicial para el deudor? ¿Hay que exigir el cumplimiento de los contratos bajo el criterio del brocardo *pacta sunt servanda*, o habremos de adecuar las situaciones a las variaciones exógenas que se han presentado en la ejecución de los contratos recordando el brocardo *rebus sic stantibus*? ¿El acreedor puede exigir a su deudor el cumplimiento estricto de lo pactado o el derecho puede intervenir en las relaciones contractuales privadas y constituir o reconstituir la situación a criterios de equidad?

Estas preguntas son necesarias para justificar un artículo como este, en tiempos de coronavirus.

En primer término, me gustaría indagar si ante el COVID-19 estamos ante un acontecimiento extraordinario o imprevisible, como lo señala el artículo 1441 del Código Civil peruano que analizaremos más adelante. Es bueno hacer un *disclosure* al señalar que el enfoque de este artículo ha podido ser realizado desde la perspectiva del caso fortuito, fuerza mayor o desde la mirada de la excesiva onerosidad de la prestación. Por razones de opción y de características de los contratos (de ejecución instantánea o de ejecución diferida), me dedicaré a analizar la segunda de las perspectivas.<sup>1</sup>

Frente a la pregunta de si estamos, por la aparición del COVID-19, ante un hecho extraordinario e imprevisible, debemos señalar que sí lo estamos.<sup>2</sup> Considero adecuadas las valoraciones de algunos docentes en el sentido de que nos encontramos ante un *Factum Principis* o «hecho del príncipe», y que el hecho extraordinario e imprevisible sería el decreto de urgencia dado por el Estado peruano que ordena el aislamiento social obligatorio. El argumento también aduce que el COVID 19 no sería imprevisible y por tanto la pandemia no sería una causa no imputable. Discrepo de esta posición. Hacía tan solo cuatro meses era imposible pensar que nos podíamos encontrar en una situación como la que estamos viviendo hoy en día. Por ejemplo, en nuestro caso, estamos escribiendo un sábado por la mañana cuando no podemos salir ni asomarnos a la calle porque es el turno de las mujeres. Nadie, por más previsora que fuere o que tenga la mayor diligencia posible, podía prever una situación como esta, con aislamiento total y toque de queda por las noches. Esta aparición del virus en la escena mundial era totalmente imprevisible en nuestra realidad. Dejo sentado que alguien me puede decir que en la historia de las pandemias ya se había presentado el ataque del coronavirus en el 2002 y en el 2009 en Asia. Antes estuvieron la gripe N1H1 (gripe porcina) y el temible ébola en el África. A pesar de la atingencia mencionada, por el avance de la ciencia epidemiológica, así como por la distancia con los continentes de origen de estas epidemias, no era posible advertir con un grado razonable de información que el COVID-19 iba a variar todos los hábitos del ser humano a nivel mundial. Por este motivo, considero que la extraordinariedad de la situación es perfectamente aplicable a este caso.

Considero que no es, de ninguna manera, un hecho normal, ordinario, o que suceda cotidianamente. Esta pandemia, en esta dimensión, no estaba avizorada o representada por ninguna nación o corporación a nivel planetario.

Con respecto a la imprevisibilidad, efectivamente estamos ante una situación que no se podía prever ni siquiera utilizando un grado de previsión alto y más allá del promedio. La imprevisibilidad se demuestra en el hecho de que, hasta ahora, ya con la pandemia asolando al mundo, no existe aún una cura o una vacuna contra los efectos del COVID-19. Un hecho es imprevisible cuando escapa de la esfera de

---

1 Es importante señalar que «podrían concurrir los conceptos de fuerza mayor y de onerosidad, debiendo la parte perjudicada escoger cuál de ambas figuras le es más conveniente» (Tamani, 2016, p. 90, citando a Instituto para la Uniformización del Derecho Privado, 2007, pp. 189-190).

2 Ninamancco considera que es el aislamiento social obligatorio el hecho fortuito o extraordinario. Pienso que en ese caso estaríamos ante un supuesto de *Factum Principis*. *Más bien, el aislamiento social obligatorio es una consecuencia o una respuesta del Estado frente a una pandemia que era completamente extraordinaria e imprevisible* (Ninamancco Córdova, Fort, 2020).

control del sujeto. La esfera de control es el instrumento que utilizamos en el derecho para determinar si un supuesto de hecho podía ser previsto por la parte en el contrato. Si está en su esfera de control, el sujeto debe cumplir con la obligación o con el resarcimiento. Si el acontecimiento escapa de la esfera de control, entonces el sujeto no podía prever los efectos de tal acontecimiento. En este caso el sujeto no estará obligado a ejecutar la prestación y la obligación se extinguirá en concordancia con los artículos 1315 y 1316 del Código Civil.

Así, estas normas prescriben:

Artículo 1315. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1316. La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

Otra forma de abordar la extraordinariedad y la imprevisibilidad de los acontecimientos, así como la extinción de las obligaciones, es la señalada por el profesor Fernando de Trazegnies Granda, quien en su *Tratado de responsabilidad civil extracontractual* nos habla de estudiar el caso concreto y plantearnos una interrogante luego de que se haya producido un evento que genere el daño. El autor señalado indica que la pregunta para resolver esta interrogante debe ser: ¿el daño que se ha generado ha sido efectuado dentro de la actividad habitual que realiza el dañante? Esta pregunta nos lleva a la siguiente: ¿qué sucede si el daño se produce como consecuencia de un acontecimiento que está fuera de la actividad habitual que realiza el dañante? El profesor citado nos indica que si el perjuicio desborda o va más allá de la actividad habitual que realiza el dañante, entonces puede ser considerado un caso fortuito o de fuerza mayor (el autor equipara estos dos conceptos y considera anacrónica su distinción). La teoría de la actividad habitual propuesta por el profesor De Trazegnies se ve complementada por la teoría de la *esfera de control* de raigambre anglosajona. El criterio de extraordinariedad del autor citado se expresa cuando señala:

Para calificar de extraordinario un hecho creemos que es más interesante rescatar, en otra clave, la distinción propuesta por Theodor Seuss entre el riesgo típico y el riesgo atípico, que antes hemos mencionado. En realidad, estas categorías no eran adecuadas —al menos dentro del orden jurídico peruano— para distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, como quería Seuss. Pero, en cambio, pueden resultar

muy útiles para calificar el carácter extraordinario de un hecho que se presenta como caso fortuito; al punto que la diferenciación de Seuss resulta más interesante con este propósito que la clásica de EXNER. (De Trazegnies, 2016, p. 333)

Siguiendo con esta categoría, De Trazegnies indica que:

Esta referencia privilegiada, implica que lo extraordinario significa algo más que lo imprevisible e irresistible: implica además (y sobre todo) lo *atípico* y lo notorio o de alcance general (objetivamente extraordinario). La irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible. (De Trazegnies, 2016, p. 335)

La pregunta sería: ¿el COVID 19 estaba en la esfera de control de los sujetos en su vida de relación? ¿El COVID-19 era parte del escenario habitual y formaba parte de la representación que los sujetos se hacían dentro de su actividad económica? La respuesta a estas dos interrogantes es que no y, por lo tanto, el COVID 19 es definitivamente un evento extraordinario e imprevisible que está comprendido dentro de la causa no imputable.<sup>3</sup>

## 2. El equilibrio contractual y la operación económica

Otro aspecto que es importante resaltar en este trabajo es si el derecho privado puede intervenir en la autonomía de la voluntad (autonomía privada) de las partes y modificar el programa contractual o, eventualmente, resolver el contrato ante un cambio de circunstancias con respecto al contexto originario del contrato. ¿Este cambio de circunstancias puede justificar que el derecho varíe las condiciones del contrato o eventualmente lo resuelva, es decir, lo deje sin efecto? Consideramos que desde esta perspectiva hay que tomar en cuenta un principio importante, el de la equidad, y, a su vez, llenarlo de contenido. Por criterio de equidad es pertinente que ante una situación de cambio total o parcial de las circunstancias el juez o el árbitro pueda variar los términos contractuales a contrapelo de lo señalado en el artículo 62 de la Constitución. Este artículo preceptúa:

Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer

---

3 Ninamancco coincide al señalar que: «Es evidente que la pandemia del COVID-19 califica como un hecho extraordinario. Sostener que las pandemias virales “son parte de la historia del mundo” (como las devastadoras “peste negra” o “gripe española”) y, por ende, ordinarias y previsibles, sería manejar un enfoque totalmente caduco, como el que manejó la Corte de Casación francesa en pleno siglo XIX o las cortes italianas de hace un siglo». Se refiere al caso Crapone (Ninamancco Córdoba, 2020).



garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Este artículo grafica o representa lo que conocemos como *pacta sunt servanda*, el contrato es ley entre las partes, y no puede ser modificado por ninguna norma del espectro jurídico. Sobre el particular, se ha producido hace ya algunos lustros una polémica en el sector académico, al final de la cual concordamos con la tesis del profesor Carlos Cárdenas Quiroz<sup>(2000, pp. 255 y ss)</sup>, quien tiene una interpretación restrictiva del artículo 62 de la Carta Fundamental del Estado. Esta consiste en señalar que cuando la Constitución se refiere a «leyes o disposiciones de cualquier clase», está aludiendo a normas supletorias que obviamente no van a poder variar lo concertado por las partes. Sin embargo, el profesor citado considera que cuando estén de por medio normas imperativas que responden a un interés social, público o ético, estas sí pueden modificar el contenido de los contratos como lo establece el artículo 1355 del Código Civil. Efectivamente, este artículo señala: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

Volviendo a lo señalado líneas arriba, considero que es pertinente que los operadores jurídicos nos preguntemos si es justo que el derecho intervenga en el contrato si se aprecia que la ejecución de las prestaciones, en las condiciones que se obliga el deudor, es completamente alta y perjudicial para este,<sup>4</sup> dado que las circunstancias o el contexto han variado completamente y el escenario es totalmente distinto al que se presentó cuando concertaron el contrato.

Por esta razón, es necesario tocar el aspecto relacionado con el *equilibrio contractual*.

El equilibrio contractual es la equiparación que existe entre los intereses de las partes, que se manifiesta en una justa ecuación entre las prestaciones realizadas por cada una de ellas. ¿Podemos señalar, entonces, que el equilibrio contractual se asimila al equilibrio entre las prestaciones de las partes en un contrato determinado? Los intereses de las partes en un contrato son distintos, pero finalmente esta aparente contradicción de intereses se concluye en un acuerdo o común intención, que se consolida como única y autónoma frente los intereses de cada uno de los sujetos intervinientes.

El equilibrio contractual no significa que las partes tengan los mismos intereses ni que las prestaciones de las partes tengan que ser de igual valor. De ninguna manera. Cada prestación tiene un valor diferente, que es el valor que le asigna cada parte a la prestación por ejecutar. Sin embargo, el equilibrio en el contrato implica que la ejecución contractual será efectuada en el mismo contexto socioeconómico y bajo las mismas o similares circunstancias que estuvieron presentes en el momento en que se gestó y concertó el contrato, situación que no toleraría una injusticia en contra del sujeto que no esperaba una variación absoluta de las condiciones y que hace completamente onerosa la prestación o disminuida la contraprestación.

---

4 Puede ser que el valor de las contraprestaciones haya disminuido sustancialmente también.

Una variación radical y profunda de las circunstancias con respecto a las que se presentaron al inicio haría imposible que una de las partes pueda cumplir o que le sea absolutamente perjudicial cumplir en esas nuevas condiciones. Para que haya equilibrio contractual es importante que las circunstancias en la ejecución sean similares o las mismas que se dieron al momento de la celebración del contrato. Junto con esta aseveración tiene que concurrir el hecho de que sea excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación o infravalorado el cumplimiento de la contraprestación. Una alteración a esas circunstancias que haga injusto o inequitativo el cumplimiento de las prestaciones haría que estemos ante una situación arbitraria o injusta y obliguemos, bajo un lírico *pacta sunt servanda*, a una de las partes a cumplir sus prestaciones en situaciones que la perjudicarían y generarían una situación grave de inequidad.

Por eso el derecho plantea algunos remedios cuando se presente una situación como la mencionada. Estos remedios pueden ser la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación o la imposibilidad sobreviniente. En este artículo solamente nos reservaremos de opinar sobre la excesiva onerosidad de la prestación y cómo se aplica esta institución a la actual coyuntura bajo el COVID-19.

Autorizada doctrina señala que:

se busca o debe buscarse (entre las partes) la existencia de una composición o un equilibrio conceptual entre los respectivos intereses que las partes tratan de satisfacer mediante la celebración del contrato. Este equilibrio no significa equilibrio entre las prestaciones que son el contenido de la relación jurídica obligacional nacida del contrato, ni, menos aún, equivalencia en el sentido de igualdad en el valor patrimonial, entre dichas prestaciones. (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 559)<sup>5</sup>

Para reciente doctrina:

[...] sostenemos que un contrato será equilibrado cuando el acuerdo de ambas partes tienda a la realización de un intercambio económico que responda a los intereses y necesidades de estas, generando una situación de beneficio mutuo. Generándose el desequilibrio contractual cuando, producto de un hecho imprevisto se genera una modificación en el intercambio económico que lo desnaturaliza, lo que lleva a revisar o extinguir el vínculo contractual; así también, se produce el desequilibrio producto de la celebración de un contrato desproporcionado, debido al aprovechamiento del estado de necesidad de una de las partes. (Tamani, 2015, p. 208)

En cuanto a la *operación económica* se ha señalado que es:

---

5 El autor citado (De la Puente) señala que: «Es así como se llega a formar el equilibrio contractual, que no es necesariamente económico, de tal manera que el contrato es el instrumento jurídico utilizado para crear un equilibrio entre lo que ambas partes desean realizar a través de él. Las prestaciones pueden en algunos casos ser lo más dispares entre sí, pero, en tales casos esta disparidad es precisamente la manera de alcanzar el propósito de las partes, que constituye el equilibrio de sus intereses, o sea lo que el contrato representa o significa para ellas» (xxxx, p. 559).

una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada. (Tamani, 2015, p. 200)<sup>6</sup>

Quien de una manera enjundiosa estudia estos conceptos desde la perspectiva moderna del contrato es el profesor Enrico Gabrielli. Partiendo de la jurisprudencia de su país, desarrolla con amplitud el tema de los contratos coligados, señalando sobre la operación económica lo siguiente:

Dos encomiables resoluciones de la Corte de Casación (una puntual y bien motivada decisión y una articulada resolución de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea) confirman, con la solidez de su planteamiento argumentativo, aquella tendencia —que en los últimos tiempos ha ganado crédito en la jurisprudencia de legitimidad— que valoriza la noción de operación económica como categoría ordenadora del derecho de los contratos. (Gabrielli, citado en Cieza, 2016)

Sobre la noción de operación económica del contrato, la doctrina que vengo siguiendo ha señalado lo siguiente:

La noción de operación económica identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan con este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada. (Cieza, 2016, p. 672)

Sobre la operación económica como concepción de contrato que emerge del reglamento convencional y que encuentra su justificación en el contexto en el cual surge el acuerdo, se ha señalado:

Es así como madura una concepción distinta, según la cual el contrato es una operación económica: esta última existe en cuanto es un contrato. Si el contrato también es consentimiento, la operación misma no llega a existir sin el acuerdo: antes de este, solo existe un proyecto de negocio. Y si el contrato es también un acto normativo, la misma operación económica extrae su propio modo de ser, su propia estructura de aquella regulación convencional. La operación sería amorfa, y ni siquiera sería concebible, sea en términos económicos, sea en términos jurídicos, sin el orden concretizado por la regulación convencional. (Cieza, 2016, p. 672)

---

<sup>6</sup> También se ha señalado que: «La concepción del contrato como operación económica, se basa en la comprensión de este como norma jurídica, ya que “son normas de la relación, no solo los enunciados verbales contenidos en las cláusulas contractuales, sino también el mismo orden económico de la relación: el equilibrio de intereses en que consiste la operación económica”» (Tamani, 2015, p. 208).

Debe reconocerse, en consecuencia, que «la regulación contractual es un elemento imprescindible del plano económico», y que «la regulación jurídica de la relación no es el ropaje formal con que se viste el negocio, sino el esqueleto de la estructura misma de la operación» (Gabrielli, citado en Cieza, 2016, p. 673).

Por lo antes señalado, la operación económica:

se trata de una tendencia que valora los efectos concretos del resultado económico conseguido por las partes, independientemente del aparente ropaje formal y de los instrumentos negociales mediante los cuales aquel resultado es perseguido y que por tanto acoge la idea de que más allá del esquema formal del tipo, el contrato es operación económica, es decir, concreta disciplina del autoreglamento [sic] de los privados intereses. (Gabrielli, citado en Cieza, 2016, p. 674)<sup>7</sup>

De lo expuesto en los párrafos precedentes podemos concluir que el contrato y la operación económica son inseparables; es más: el contrato es una operación económica y como tal debe ser abordado. Debe quedar claro que no es aplicable la doctrina que equipara equilibrio contractual con equivalencia de las prestaciones. El contrato se constituye por preceptos que se basan en la autonomía privada, y la operación económica justifica o explica la existencia y operatividad de este.

Acerca de la intervención del Estado en los contratos privados, debo ser enfático en que el Estado no solo puede, sino que debe, intervenir en el programa contractual cuando se presente una situación de interés social, público o ético (artículo

---

<sup>7</sup> Sobre un caso tributario en la jurisprudencia italiana que utilizó la categoría de operación económica se ha señalado: «La Corte, con una motivación digna de ser apreciada por la claridad argumentativa y la concatenación lógica de su razonamiento siguiendo a una consolidada jurisprudencia (Cass.7 de junio 2003, n.10660, Cass.25 de febrero de 2002, en *Diritto e pratica tributaria*, Padua, 2003, núm.2, p.1007, con nota de Giuliani), precisa que, en la búsqueda de la naturaleza intrínseca y de los efectos jurídicos de los actos —que representa el presupuesto y el criterio fijado por la ley para la aplicación del impuesto de registro— “debe atribuirse relevancia preeminente a su causa real y a la reglamentación de los intereses efectivamente perseguidos por los contratantes, aunque mediante una pluralidad de pactos no contextuales”, y que “donde la operación económica es unitaria, más allá de las formas jurídicas con las que se le haya revestido no puede darse valor preeminente a la diversidad de objeto y de causa relativos, por ejemplo, a dos contratos, para negar su coligación y permitir un propósito elusivo de un hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] tributario” [963]. Así finalmente se señala, sobre el particular, lo siguiente: “En definitiva, la Corte confirma, enunciando el relativo principio que más allá del aparente tipo contractual o de la coligación, o del fraccionamiento entre contratos, o de la consideración de circunstancias parciales o de algunos comportamientos negociales, lo que cuenta sobre el plano de la interpretación del acto de autonomía, es la consideración de la unidad de la operación económica creada por las partes y del efecto que en concreto se ha querido realizar con esta” [964] (Gabrielli, citado en Cieza, 2016, p. 674). Respecto a la operación económica en los contratos coligados se ha señalado: «Sobre la noción de operación económica como categoría conceptual se señala que “identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada” [974]. Asimismo se señala que “el negocio, así como es construido por los privados, debe ser considerado en su unidad formal, esto es como ‘operación económica’, independientemente del tipo individual o del conjunto de tipos —aun cuando se encuentren coligados entre ellos o sean dependientes— que las partes han utilizado para construir su organización de intereses» [975] (Gabrielli, citado en Cieza, 2016, p. 680).

1355 del CC). Situaciones como las presentadas en el caso de los arrendatarios o de las pensiones de los colegios deben ser abordadas mediante la intervención estatal en los contratos preestablecidos. Esto, por varias razones. En primer término, por la aplicación inmediata de la ley por la cual esta se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, como lo prevén tanto el artículo III del título preliminar del CC como el artículo 103 de la Constitución del Estado. Las normas imperativas (casualmente, las que corresponden a un interés social, público o ético) deben aplicarse a las consecuencias de las relaciones jurídicas o situaciones jurídicas existentes, que son efectivamente las que emanan del contrato ya constituido o concluido y, por tanto, estas normas imperativas deben recaer sobre las consecuencias jurídicas emanadas del contrato, es decir, sobre las obligaciones emergentes de la ejecución contractual. El Estado no puede abdicar de su *ius imperium*, máxime en circunstancias como estas, en las que la población vulnerable se encuentra desprotegida por un evento que evidentemente escapaba a su esfera de control.

### **3. Los supuestos del desequilibrio contractual**

Para analizar los supuestos de desequilibrio contractual es pertinente delinear las teorías que lo explican y que han tenido un gran desarrollo en la doctrina comparada.

Antes de explicar las teorías del desequilibrio contractual, es interesante tomar en consideración la distribución del riesgo del incumplimiento en el sentido de que el tipo contractual «se convierte en, precisamente en cuanto modelo de organización de intereses, también en un plano de distribución de riesgos contractuales: de modo que su elección es ya de por sí un signo revelador de cómo las partes quieren distribuir el riesgo del incumplimiento y de la sobreviniencia relevante, es decir, de cómo quieren regular la economía de su contrato» (Tamani, 2005, p. 202).

Los riesgos del incumplimiento o de la sobreviniencia de situaciones exógenas que varían las circunstancias en las que fue celebrado el contrato deben ser correctamente asignados o, mejor, equitativamente asignados. Veamos, pues, algunas de las teorías y su aplicación en las relaciones jurídicas de los sujetos.

#### **3.1. Teoría de la presuposición**

Se ha señalado por autorizada doctrina que «la presuposición [...] es una condición no desarrollada; una limitación de la voluntad que no se desenvuelve hasta el punto de transformarse en una condición» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 562). Esto implica que «en realidad, se trata de circunstancias, presentes o futuras, que actúan sobre el ánimo del agente, llevándolo a contratar —pero a diferencia de la condición, que puede no llegar a verificarse— [...] el ánimo del agente es de certidumbre, de tal manera que presupone que tales circunstancias se van a presentar, y, por ello celebra el contrato» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 563). Esto implica que el sujeto se ha representado, se ha determinado mentalmente una determinada circunstancia

que se mantendrá o se desarrollará, pero con el convencimiento del individuo de que esto será así indefectiblemente. Si este acontecimiento o circunstancia no se presenta o se presenta de una forma totalmente contraria a la prevista por el sujeto contratante, entonces estaremos ante una situación de desequilibrio contractual y se tendrá que adoptar algunos remedios al respecto.

Si vamos a describir esta teoría, es necesario mencionar a Bernhard Windscheid, quien «trabajó en la elaboración de una teoría alrededor de la cláusula que pudiera brindarle una fundamentación más objetiva y que pudiera solucionar el problema concreto de la alteración de circunstancias». Así elaboró la teoría de la presuposición entendiéndola como «una limitación de la voluntad exteriorizada en el supuesto hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez solo para el caso, que el declarante considera cierto, y por tanto, no puso como condición (en sentido técnico jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia» (Windscheid, citado por Tamani, 2005, p. 81).

Sobre la voluntad efectiva *versus* la verdadera se ha señalado que «si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera», es decir, se trata de «una condición no desenvuelta y, al igual que la condición típica, una “autolimitación de la voluntad”, no de la voluntad efectiva, consciente, sino de la voluntad verdadera» (Larenz, citado por Tamani, 2005, p. 81).

Entonces, en la presuposición, casualmente, el sujeto «presupone» que las circunstancias se van a mantener de determinada manera o que se va a presentar una condición que el sujeto da por cierta; no probable: cierta. Hay pues una representación mental del sujeto que considera, con certeza, que se van a generar ciertas condiciones y estas van a persistir; no se representa de ninguna manera que las condiciones bajo las cuales se ha representado el contrato van a cambiar o no se van a dar. En eso estriba la teoría de la presuposición.<sup>8</sup>

### 3.2. Teoría de la base jurídica del negocio jurídico

Esta teoría corresponde al jurista alemán Oertmann, quien:

replanteó la teoría tratando de diferenciar la presuposición del motivo para superar la crítica de Lenel, partiendo desde lo avanzado por Windscheid. Realiza un cambio terminológico y emplea la expresión «base del negocio jurídico» (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Así, la base del negocio es «la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial». (En Tamani, 2005, p. 81)

Sobre la base del negocio, señala el autor alemán Karl Larenz:

---

<sup>8</sup> Es importante tener en cuenta la diferencia entre la presuposición y el motivo. Otto Lenel cuestionó esta teoría, ya que consideraba que no existía diferencia entre la presuposición y el motivo.

La expresión «base del negocio» puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la *base «subjetiva»* de la determinación de la voluntad de una o de ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la *base «objetiva»* del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato —sépanlo o no los contratantes—, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría «sentido, fin u objeto».<sup>9</sup>

La teoría de la base del negocio surge entonces para tratar de disipar las dudas en cuanto a la teoría de la presuposición y en particular a las que planteaba la identificación entre la presuposición y los motivos. En esta teoría se distingue entre una base subjetiva que es propiamente la voluntad de una o ambas partes y la representación mental que estas se hacen de las circunstancias en que se desarrollará el negocio; y una base objetiva comprendida como las circunstancias en que se lleva a cabo el negocio y que los sujetos intervinientes esperan que se mantengan o no se vean alteradas.<sup>10</sup>

Acerca de los remedios ante el cambio en la base del negocio se dice que: «[...] 2) obliga a la renegociación del contrato antes de la recurrencia a un proceso judicial. Si la otra parte no llega a aumentar la contraprestación, la parte afectada puede resolver o denunciar (desistirse) el contrato. Esta solución hace que la parte afectada tenga las armas necesarias para obligar a la renegociación del contrato y por ende a su conservación» (Tamani, 2005, p. 84). El asunto de los remedios frente a la alteración de la base del negocio es esencial para apreciar qué mecanismos tiene el derecho frente a una modificación de las circunstancias que varía la base subjetiva y objetiva del negocio. La idea es que el contrato no se extinga, es decir, que el contrato se conserve con un cambio sustancial en las prestaciones pero que

---

9 Todas las posiciones sobre la base del negocio pueden revisarse directamente en Larenz (2002) y Tamani (2005, p. 83).

10 Se ha señalado que «la base subjetiva es un supuesto de error en los motivos», mientras que «la base objetiva» es formulada por Larenz a través del análisis del derecho comparado (Suiza, Francia y Reino Unido), entendiéndola como: «las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido» (Tamani, 2005, p. 83). La «desaparición de la base negocial y la desaparición de la base, es decir, la ruptura de la equivalencia se daría cuando a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto que ya no puede hablarse de “contraprestación”, de un equivalente que pueda considerarse como tal» (Tamani, 2005, p. 84). Sobre el valor subjetivo respecto a los intercambios económicos se ha indicado que: «Respecto de los remedios frente a la desaparición de la base del negocio, señala lo siguiente: a) Si desaparece la base subjetiva del negocio, el contrato es ineficaz. b) Si se destruye la relación de equivalencia debido a la alteración de las circunstancias, la parte perjudicada puede negarse al cumplimiento en tanto la otra parte aumenta la contraprestación. Si no se diera el aumento, la parte perjudicada puede resolver o denunciar (desistirse) del contrato. Si ya se ha realizado la prestación se puede reclamar una indemnización. c) Si la finalidad del contrato resulta inalcanzable, por motivos ajenos al acreedor, puede rechazar la prestación y negarse a prestar la suya en lo que sobrepase a los gastos realizados por la otra parte para la preparación y ejecución del contrato» (Tamani, 2005, p. 84).



finalmente continúe la ejecución contractual. Esto implica necesariamente la previa renegociación del contrato antes de recurrir a la jurisdicción judicial o arbitral. Solamente si ya no hay posibilidad de acuerdo entre las partes para una renegociación contractual ante la alteración de la base negocial, se pensará en la extinción del contrato mediante la resolución o apartamiento de la relación. La regla debe ser la conservación del contrato.

La legislación alemana, que es la que recoge la teoría de la base del negocio, establece en primer término que ante el cambio de circunstancias que han afectado la base del negocio es pertinente la adecuación o modificación del contrato tomando en consideración sustancialmente la distribución del riesgo. Así mismo, señala la normativa alemana que equivale a una modificación de las circunstancias el hecho de que los presupuestos esenciales, que son la base del negocio, sean falsos. En su tercer apartado la norma alemana indica que si no es posible modificar el contrato, la parte perjudicada podrá resolverlo, entendiéndose, cuando se trata de relaciones continuadas, como un desistimiento.

Sobre esta teoría, el autor citado manifiesta:

Consideramos que dicha regulación continúa dejando vacíos, por ejemplo: respecto de si se debe o no suspender el cumplimiento interpuesta la acción (como lo sugiere Larenz) o si se puede contestar solicitando una renegociación contractual, entre otras situaciones. En todo caso, el remedio nos parece adecuado, ya que evita una desproporción, en las posibilidades de defensa de ambas partes, ocurrido el evento que altera las circunstancias. (Werner, citado por Tamani, 2005, p. 85)

## **El cambio de circunstancias y la adaptación al cambio sobrevenido de la base del negocio**

Ante circunstancias nuevas que modifican el contexto en el que se debe ejecutar la prestación, se ha señalado que:

por su parte, en los casos de desequilibrio sobrevenido resulta de mayor complejidad el instrumento revisorio puesto que los eventos sobrevenidos han alterado profundamente la economía de la operación siendo así que el valor inicial de las prestaciones, si bien correcto, no resulta equitativo frente a las nuevas circunstancias que rodean la ejecución, de manera que la revisión del contrato asume aquí más bien la forma de adaptación al cambio sobrevenido de las bases del negocio. En estos casos la parte afectada puede: 1) pedir directamente la revisión del contrato (art. 868 C. Co.) o la forma de renegociación o adecuación (§ 313 (1) BGB; art. 6.2.3. Unidroit); 2) o de reducción o aumento de la prestación (art. 1440 C. C. Perú); 3) o puede pedir directamente la resolución, que podrá ser evitada, también aquí, con oferta de modificación equitativa por parte del demandado (art. 1467 C. C. ital.; arts. 581 C. C. boliv.; arts. 478 y 479 C. C. bras.). (Chamie, xxxx, p. 135)



Considero que, ante la demanda de resolución de contrato, la parte demandada sí puede contestarla planteando la modificación contractual. No veo ningún problema en esta opción, ya que permitiría que el demandante evalúe si es posible conservar el contrato y si es que la modificación conviene a sus intereses. Nos parece una medida adecuada, pues, como se ha dicho, evita una desproporción en las posibilidades de defensa de ambas partes. Es decir, tanto el accionante como el demandado tendrán la posibilidad de discutir si el contrato se modifica por el cambio de circunstancias que alteran la base del negocio o si procede la resolución del contrato ante la imposibilidad del cumplimiento de las prestaciones o que estas resulten excesivamente onerosas para la parte que las ejecuta o el valor de la contraprestación habría disminuido de manera ostensible. Por supuesto, consideramos, como incidiré más adelante, que antes inclusive del planteamiento de la demanda debe darse la renegociación contractual para sí evitar los costos de transacción que implica un proceso judicial o hasta un proceso arbitral.

Una reciente doctrina ha señalado criticando al artículo 1440 de nuestro CC y su inutilidad, lo siguiente:

Por otro lado, si de por sí ya es cuestionable que se haya otorgado al deudor el derecho a demandar la adaptación del contrato, el hecho que se haya invertido el procedimiento de la excesiva onerosidad la hace inútil en la práctica. El artículo 1440 del Código Civil peruano señala en su literalidad que el juez podrá dar por resuelto el contrato «si lo solicitara el demandado». En otras palabras, el legislador peruano le otorga al acreedor demandado el derecho a solicitar la resolución del contrato. En términos procesales, el acreedor demandado puede reconvenir y presentar una pretensión de resolución del contrato.

¿Para qué sirve la excesiva onerosidad en el Perú si el demandado puede solicitar la resolución del contrato? ¿No bastaría con que el juez declare infundada la demanda de adaptación del deudor, y en consecuencia, ordene que se siga ejecutando el contrato? ¿Por qué optar por la resolución en favor del acreedor? (García Long, 2019)

Coincidimos con lo que señala la doctrina citada en el sentido de que nuestro legislador quiso «innovar» y hacer una variación «al revés» de su fuente de inspiración (el Código Civil italiano), para lo cual colocó en primer término la posibilidad judicial de solicitar la modificación del contrato excesivamente oneroso por el cambio de circunstancias y, en segundo lugar, impuso la posibilidad judicial de resolver el contrato por parte del acreedor. Como ya ha señalado la doctrina citada, esto vuelve inútil la figura, pues se le da la potestad al demandado acreedor de resolver el contrato, lo que seguramente hará. Sabemos que la motivación (interpretación psicológica) del legislador era dar la posibilidad al juez para que modifique el contrato con un afán que algunos consideran intervencionista, pues es solamente el juez quien puede ordenarlo, pero si el demandado acreedor tiene la posibilidad jurídica de resolver el contrato, ¿de qué habrá servido esta voluntad intervencionista del legislador?

Es probablemente por eso que, como señala Leysser León, en una reciente entrevista, no se conocen de muchos casos en sede judicial (no llegarían ni a diez)

en donde sea utilizada la excesiva onerosidad de la prestación para cumplir con su finalidad.

### **3.3. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus***

Esta teoría consiste en que cuando cambien las circunstancias, por equidad, se debe también modificar el contrato. Cuando una de las partes no se ha representado de manera razonable este cambio de circunstancias y resulta gravemente oneroso para ella cumplir con el contrato en esas nuevas condiciones, tiene la potestad para solicitar la adecuación del contrato a las circunstancias sobrevenidas. Actuar de distinta manera, es decir, mantener las prestaciones tal como fueron pactadas originalmente, *resultaría contrario a la buena fe y al principio de equidad*. Causaría repulsa al derecho una actuación como esa, en la cual el acreedor resulte desproporcionadamente beneficiado y el deudor excesivamente perjudicado. *El derecho tiene que intervenir en este tipo de situaciones anómalas*.

En concordancia, se ha señalado que esta teoría «Descansa en que los contratos a largo término y con sucesivas prestaciones llevan implícita siempre la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, que su cumplimiento queda subordinado al mantenimiento del estado de cosas existente en el momento de la celebración del contrato» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 563).

Esta cláusula implica un límite a la cláusula *pacta sunt servanda*, que representa la obligatoriedad de los contratos y el cumplimiento de la palabra empeñada. La legislación y la jurisprudencia francesa reconocieron por mucho tiempo la aplicación de la cláusula *pacta sunt servanda*, a pesar de haberse presentado casos en los que era evidente el cambio de circunstancias y la variación de las condiciones contractuales. Se hizo valer o se respaldó el cumplimiento estricto del contrato, no interesando mayormente la falta de equidad o el perjuicio a una de las partes. El sentido de la jurisprudencia francesa evolucionó en el tiempo y hoy, con las modificaciones introducidas en el libro de obligaciones y contratos (2016), es factible un remedio por excesiva onerosidad de la prestación ante el cambio de circunstancias, como veremos más adelante.

### **3.4. Teoría de la imprevisión**

Se ha señalado con acierto que:

el fundamento de la teoría de la imprevisión descansa en que las partes, al celebrar el contrato, lo hacen tomando en consideración las circunstancias existentes en ese momento y es en base a ello que estipulan la relación jurídica obligacional, cuyo contenido son las prestaciones de las partes. Si por devenir un acontecimiento imprevisible tales circunstancias varían, la relación jurídica creada deja de corresponder a la nueva realidad, dando lugar a que las prestaciones pactadas deban ejecutarse de manera distinta a la querida por las partes al celebrar el contrato, lo que justifica la intervención del juez para decidir sobre quién debe recaer el riesgo de esta modificación. (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 564).

La previsión consiste en que no se ha tomado en cuenta (y era razonable no tomar en cuenta) una variación importante de las condiciones en que concluyó el contrato. El hecho o acontecimiento que ha modificado sustancialmente las condiciones en que el contrato nació, ha sido totalmente imprevisto para las partes. Estas no podían representárselo ni preverlo en ninguna situación, por lo que se considera que ni una parte se puede ver gravemente perjudicada por esta situación imprevista ni la otra parte se puede ver excesivamente beneficiada por la variación de las condiciones. Esta situación atentaría contra la equidad en los contratos e inclusive contra una asignación eficiente de los recursos.

### **3.5. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación**

Es la teoría que acoge nuestro Código Civil. La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación «[...] se caracteriza en que, para lograr la resolución o revisión del contrato, según el caso, se requiere que se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida y que el acontecimiento extraordinario e imprevisto ocasione que una de las prestaciones se convierta en excesivamente onerosa, sin llegar a ser imposible» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 565).

Es importante entrar a analizar el criterio de equidad que tenemos en varios artículos de nuestro Código Civil, que se constituye en una cláusula general normativa. Por ejemplo, para el caso de fijar el resarcimiento ante situaciones complejas o ambiguas se debe utilizar este principio. Así lo señala el artículo 1322 de nuestro Código Civil: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

La equidad ha sido definida como «el criterio de adaptación de la justicia a los casos particulares, para evitar que una norma abstractamente justa pueda resultar injusta en un caso determinado, por las especiales circunstancias de hecho que lo rodean» (Badenes, citado por De la Puente y Lavalle, 2007, p. 568).

El profesor De la Puente se pregunta: «¿es justo que si el equilibrio se rompe debido a acontecimientos extraordinarios e imprevistos que determinan que la prestación a cargo de una de las partes se convierta en excesivamente onerosa para ella, deba restablecerse ese equilibrio?» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 572). La respuesta no puede dejar de ser afirmativa.

Con acierto, el profesor citado señala: «estas consideraciones me llevan a opinar que, para celebrar todo contrato, cualquiera que sea su clase, debe alcanzarse un equilibrio entre los intereses de las partes. Si ello no se logra, ósea [*sic*] si el interés de una de las partes prima sobre el de la otra, se desnaturaliza el contrato, cuya función es, precisamente, la conjugación de los intereses de las partes a través de la declaración conjunta de una voluntad común».

Acertadamente, señala:

Lo que tiene importancia es la naturaleza del interés y no la cualidad o cuantía de las prestaciones cuya ejecución es necesaria para satisfacerlo, de tal manera que las prestaciones necesarias para satisfacer el interés de una parte puedan, cualitativa y cuantitativamente, ser diferentes. Lo que sí se requiere es que el con-

junto de las prestaciones que constituyen el contenido del interés de una parte determinen que este interés guarde equilibrio con el interés de la otra parte, aun cuando el conjunto de prestaciones que constituyen el contenido de este último interés sea distinto. Desde luego, ambos conjuntos de prestaciones guardan entre sí, por existir, una cierta proporcionalidad. (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 573)

Finalmente, se señala que:

como conclusión de lo anteriormente expuesto puede opinarse que es justo que mediante la revisión o resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato se alcance la recuperación del equilibrio original entre los intereses de las partes, desde que la ausencia de ese equilibrio frustra el propósito buscado al contratar. Es, además, contrario a la buena fe que, al amparo del principio de obligatoriedad del contrato, se pretende ejecutar éste de manera que no guarda una relación razonable con lo previsto por las partes al celebrarlo. (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 575)

En materia comparada del derecho continental sobre este supuesto, se ha señalado, para el caso holandés:

En el sistema comparado europeo también se prevé un marco regulatorio que neutraliza la excesiva onerosidad de la prestación al señalarse que «la excepción está presente también en otros ordenamientos de civil law». Así ocurre en Holanda, donde por aplicación del art. 3:296 BW, y en concreto del límite a la pretensión de cumplimiento que supone la ley, puede ser denegado el cumplimiento específico sobre la base de existencia de una excesiva onerosidad (art. 6:248 BW, buena fe y art. 0:238 BW). (Palazón Garrido, 2014, p. 98)

### **3.6. La teoría de la frustración del contrato**

Sobre el particular, una atenta doctrina ha indicado que:

la *doctrine of frustration* se entiende como la imposibilidad de realizar la finalidad del contrato a causa de la incidencia de eventos externos, marcando así la diferencia con el incumplimiento (*breach of contract*), que depende de la voluntad o de la culpa de una de las partes o de ambas; la esencia de *la frustration* estaría entonces en su independencia respecto del comportamiento de las partes. (Espinoza, 2018, p. 131)

Sobre la historia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, como opinaba Rodolfo Sacco, debían analizarse las instituciones. Reciente doctrina ha estudiado comparativamente el caso inglés y estadounidense (Cienfuegos Falcón, 2019).

Así, tenemos el caso de *La frustration en Inglaterra*:

En el caso *Paradine v. Jane*, Paradine había suscrito un contrato de arrendamiento de un predio con Jane, esta última se comprometía a pagar una renta por el concepto del usufructo del predio. Tiempo después, Paradine demandó a Jane por el

pago de dicha renta. Jane, frente a dicha situación, se defendió alegando que al haber sido despojada del mencionado predio por el príncipe Rupert, enemigo del rey y el reino, no había podido disfrutar del referido predio por tres años. El Tribunal (*King's Bench*) «consideró obligado en todo caso el pago y enunció el llamado principio de los *absolute contracts*: las obligaciones contractualmente asumidas deben cumplirse a pesar de la supervivencia de *an accident by inevitable necessity*, si el obligado no ha tomado precauciones introduciendo cláusulas específicas en el contrato». (Cienfuegos Falcón, 2019, p. 218)<sup>11</sup>

Una de las teorías de la *frustration* que han tenido mayor acogida y que significa que el propósito del negocio ya no se puede realizar —y que, por lo tanto, sería abusivo y contrario a la buena fe su implementación— es *la doctrina de la frustración (of purpose) y la aparición de los Coronation Cases*.

La reinterpretación y la extensión de la doctrina de la imposibilidad, forjada de los cimientos del *Taylor principle*, fue desarrollada por los *Coronation Cases*. Al respecto, Mignault (1943) señaló:

Eduardo VII heredó el trono a la muerte de la reina Victoria, en las primeras semanas del siglo XX. Su coronación debía tener lugar a fines de junio de 1902. Es bien sabido que la coronación de un Rey y una Reina en Inglaterra es la ocasión para las festividades entre las más notables de las cuales destacan las procesiones de coronación. En la ruta a seguir por estas procesiones, ventanas, habitaciones e incluso apartamentos completos se alquilan a precios altos de acuerdo con su ubicación. En esta ocasión se celebraron una gran cantidad de contratos y, en general, el precio se pagó por adelantado o se proporcionó un depósito para garantizar el pago del saldo del alquiler. Dos días antes de la fecha fijada para la coronación y las procesiones, Eduardo VII inesperadamente se enfermó gravemente, y la coronación y las procesiones se pospusieron *sine die*. Como los contratos se hicieron sobre la base de que habría procesiones, los tribunales sostuvieron que los contratos habían sido frustrados. La dificultad surgió simplemente en cuanto a los efectos de la frustración. ¿Se vería obligado el arrendatario a pagar la considerable renta que había prometido? O, cuando hizo un depósito, o un pago por adelantado, ¿podría recuperarlo por una falta total de consideración? El resultado de dichos eventos desembocó en numerosas demandas. En esos casos se reconoció y aplicó por primera vez la doctrina de la *frustration of purpose*, es decir, la pérdida de la finalidad por la cual se habría suscrito un contrato, conocida como la frustración

---

11 «Orígenes de la doctrina de la frustración.- Se suele afirmar que “fue en *Taylor v. Caldwell* donde, por primera vez, el efecto liberatorio de eventos sobrevinientes fue conocido” (Firoozmand, 2007, p. 174). En efecto, la decisión de dicho caso resolvió la siguiente controversia: Caldwell había arrendado a Taylor una sala de música y un jardín por un número determinado de días, por una renta específica, para una serie de conciertos. Lamentablemente, días antes del primer concierto, la sala fue totalmente destruida por fuego y los conciertos planeados fueron abandonados. Taylor demandó a Caldwell por los gastos que había incurrido en la preparación de los futuros conciertos. La pretensión de Taylor fue denegada por el Tribunal (*Court of Queen's Bench*) con fundamento en el principio de que “en los contratos cuyo cumplimiento depende de la existencia de una persona o de una cosa, una condición es implícita, la imposibilidad del cumplimiento surgida de la desaparición de la persona o la cosa deberá excusar el cumplimiento” (Wladis, 1987, p. 1596). Dicho principio fue conocido como el *Taylor principle*. (Cienfuegos Falcón, 2019, pp. 220-221).

por *non occurrence of a particular event* (Beatson, Burrows y Cartwright, 2016). (Cienfuegos Falcón, 2019, p. 221)

Como se puede apreciar, este caso implicó un cambio en las maneras de resolver los casos en el sistema inglés, dejándose de lado el cumplimiento estricto del contrato a ciegas de lo ocurrido en la realidad y se tomó en cuenta la frustración del contrato por no poder realizarse su finalidad o propósito. Esta es, pues, la *frustration of purpose*.<sup>12</sup>

Es importante señalar que, en el derecho estadounidense, el concepto de *impracticability* se forma sobre los cimientos de la doctrina de *impossibility of performance*, la cual es aplicada frente a situaciones de eventos inesperados y sobrevenidos a la celebración de un contrato que incide negativamente en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Así mismo, es oportuno indicar que en aquel país se consideran las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis de eventos sobrevenidos a la celebración del contrato que afectan su cumplimiento (Chamie, 2010). En ese sentido, es preciso afirmar que dichas doctrinas se encuentran presentes en la jurisprudencia y en la legislación del derecho estadounidense de los contratos (Cienfuegos Falcón, 2019, p. 224). Es interesante diferenciar entre la *impossibility* y la *impracticability*. Así, se afirma con claridad que «adicionalmente, se puede señalar que cuando la prestación es imposible se hace referencia a la imposibilidad física o jurídica (*doctrine of impossibility*), y cuando la prestación es excesivamente difícil o costosa de cumplir se hace referencia a una imposibilidad económica (*doctrine of commercial impracticability*)» (Cienfuegos Falcón, 2019, p. 224).<sup>13</sup>

---

12 *Características del sistema de la frustration*. Así mismo, en *J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV, the Super Servant Two*, se establecieron diversas características de la doctrina de la frustración, las cuales pueden resumirse en (Phang, 1992):

«La frustración mitiga el rigor del cumplimiento de las promesas absolutas en el *common law*.

La doctrina opera para eliminar el contrato y liberar a las partes de la responsabilidad del incumplimiento.

La frustración finaliza la relación contractual automáticamente.

Para aplicar la frustración, un evento extraño, imprevisible e irresistible a las partes deberá cambiar la situación del contrato.

El evento que logra frustrar el contrato no deberá ser por culpa de la parte, por ejemplo, no puede ser autoinducido (*self-induced*).

Así, es importante señalar que la doctrina de la frustración se ha ido aplicando a los siguientes tipos de casos: «1) ilegalidad; 2) imposibilidad; 3) muerte, respecto a los contratos de servicios personales; 4) destrucción del objeto; 5) no ocurrencia de un cierto evento, y, más frecuentemente, 6) frustración de la aventura» (Lui, 1988, p. 257).

Finalmente, se afirma que los casos de la frustración pueden ser clasificados por referencia a los tipos diferentes de eventos de la frustración (tales como un cambio en el derecho o ilegalidad sobreviniente, *estallido de guerra*, cancelación o demora de un evento esperado), o por referencia a las categorías particulares de los contratos [...]. (Cienfuegos Falcón, 2019, p. 222).

13 Al respecto, Hubbard (1982) indica lo siguiente: «La doctrina de la *frustration of purpose* está íntimamente vinculada a la doctrina de la *impracticability*. Existe, sin embargo, una importante distinción con respecto al evento que desencadena su aplicación. En lugar de centrarse en eventos sobrevinientes que impiden el cumplimiento (imposible o excesivamente oneroso), la doctrina de la frustración se centra en eventos sobrevenidos que hacen que el intercambio sea inútil para una de las partes» (Cienfuegos Falcón, 2019, p. 228).



Con respecto al *bardship* comprendido como el esfuerzo y gasto no razonable o excesivo en la prestación, la doctrina española ha señalado:

Como ya hemos señalado en otra sede el Hardship u onerosidad de la prestación en el common law se ha desarrollado casuísticamente lo «que hace irrazonable el cumplimiento específico». Así, con razón se ha explicado que «en definitiva, dado que la tutela específica puede suponer en ocasiones una medida demasiado contundente, se limita su procedencia en atención al parámetro de la razonabilidad. [...]. En el Derecho anglo-americano, los tribunales pueden denegar la tutela específica sobre la base de la existencia de ‘severo hardship’ para el deudor demandado, y ello es predicable en general tanto para la medida de *specific performance* como para *la injunction* [Wrotham Park Estate Co Lid v. Parkside Homes (1974)].» (Palazón Garrido, 2014, p. 93)<sup>14</sup>

### 3.6.1. *Diferencia entre el common law inglés y el estadounidense*

En cuanto a la diferencia entre el sistema estadounidense y el inglés referidos a las causales sobrevinientes a la celebración del contrato que lo pueden modificar o resolver, se ha señalado bajo una visión comparatística que:

el modelo estadounidense se caracteriza por ser menos rígido que el modelo inglés en la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* y la consiguiente intangibilidad del contrato. Por ello, mientras en el common law inglés las cortes no se cansan de señalar que no tienen el poder de modificar el contrato (dando así soluciones que no llegan a ser equitativas a causa del binomio cumplimiento o resolución), en caso de eventos sobrevenidos que alteren el equilibrio de la operación, en el common law estadounidense, caracterizado por la atenuación del mencionado principio, tiene gran relevancia la constante búsqueda por parte del juez (como *rule maker*) de mecanismos que le permitan llegar a soluciones más equitativas para una apropiada distribución del riesgo derivado de eventos sobrevenidos no imputables a los contratantes. (Chamie, 2010, pp. 97-99)

### 3.6.2. *Distinción entre la impossibility y la impracticability y su relación con la frustration*

Acerca de la distinción entre la *impossibility*, la *impracticability* y su incidencia en la *frustration* se ha señalado con erudición que:

---

<sup>14</sup> «El problema principal que se ha planteado en la práctica forense es dilucidar qué constituye *severe bardship* a los fines del rechazo de la pretensión de cumplimiento. Y ello porque no puede fundamentar la denegación del remedio la mera dificultad financiera [*Francis v. Cowcliffe* (1976)]; y si bien el hardship debe ser suficientemente grave como para justificar tal efecto [*Wedgwood v. Adams*, (1843)], no puede serlo hasta tal punto que suponga la frustración del contrato. En el sistema de *Common Law*, el remedio específico será también denegado si el coste del cumplimiento es absolutamente desproporcionado respecto del beneficio que obtiene con ello el acreedor [*Tito v. Waddel (No 2)*, (1977), *Co-operative Insurance v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* (1998)].»

Sobre la huella de la doctrine *of frustration of contract* elaborada originariamente en área británica, se forma en el *common law* estadounidense el concepto de *impracticability*, aplicado en las decisiones sobre casos de imposibilidad sobrevenida. Conviene afirmar desde un principio, que el *common law* estadounidense considera las doctrinas de la *impossibility of performance*, de la *impracticability* y de la *frustration of purpose* como hipótesis en las que el juez califica una de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral y determina su alcance respecto de un específico evento sobrevenido; en términos generales, la *impossibility* comprende los supuestos tradicionales ya analizados en el área británica de la *destruction of the subject-matter*, la *supervening illegality* y la *death or illness* del deudor, casos en los cuales desaparece un estado de cosas cuya *continued* existente constituía una *precedent constructive condition* de la obligación del promitente. Sin abordar aquí en detalle la evolución jurisprudencial de la *impracticability*, debe recordarse cómo la idea de inexigibilidad, que permitía desvincularse del rigor de la imposibilidad como única causa eximente de responsabilidad, maduró en el área de *common law* estadounidense gracias a la atención de las cortes sobre las repercusiones económicas que rodean la ejecución del contrato, haciendo uso del método casuístico propio de la jurisprudencia. En el modelo estadounidense no hay duda de que la *impossibility* conduce siempre a una *frustration* del contrato, en cuanto que no es posible alcanzar el objetivo de obtener la prestación. Sin embargo, no todos los casos de *frustration* se deben a una *impossibility*; en efecto, en muchos casos lo que desaparece es la posibilidad de usar el bien o la prestación objeto del contrato de manera ventajosa, como aquellos casos en los cuales un cierto evento, sin destruir totalmente el objeto y por ello sin generar una imposibilidad de la prestación, hace más bien que ésta sea inútil respecto de la finalidad que se esperaba con su ejecución [...]. (Chamie, 2010, pp. 97-99)<sup>15, 16</sup>

15 La distinción entre *impossibility* e *impracticability* se ha explicado señalándose que «[...] la regla de la ilicitud sobrevenida en el modelo estadounidense se amplía más allá de la imposibilidad absoluta de la prestación, asumiendo que el deudor sería liberado igualmente en los casos en los que podría materialmente cumplir su obligación si decidiese ejecutar un acto ilícito; esta concepción contrasta con el modelo inglés y de ella parte la sustitución del término *impossibility* como base de la doctrina, con el de *impracticability*, de matriz subjetiva y que debe ser considerado en cada caso concreto. Los casos de muerte del deudor o de su incapacidad para ejecutar la prestación, son considerados igualmente hipótesis de *impracticability*; también en estos casos la jurisprudencia ha interpretado con elasticidad el concepto de imposibilidad llegando a considerar que si bien la obligación *intuitu personae* se refiere a la persona del deudor, en ocasiones ese *intuitu* puede tener como objeto también la identidad del acreedor o de un tercero. En cuanto a la imposibilidad de ejecutar la prestación a causa de la destrucción del bien objeto del contrato, la jurisprudencia ha seguido el precedente inglés del caso *Taylor v. Caldwell*, sólo que los jueces ingleses lo han aplicado exclusivamente a los casos de imposibilidad absoluta física o jurídica, los jueces estadounidenses, en cambio, han ampliado su base comprendiendo también los casos de imposibilidad económica que se definen con el modelo de la *commercial impracticability*» (Chamie, 2019, p. 101).

16 Sobre La *frustration* desde el Análisis Económico del Derecho (AED). En cuanto a la liberación del deudor por una circunstancia exógena sobrevenida que hace impracticable o imposible el cumplimiento de su prestación y un eventual resarcimiento al acreedor por una frustración de expectativas, tomando como instrumento metodológico el análisis económico del derecho, se ha indicado, autoritadamente, lo siguiente: «Como hemos señalado, tanto la *impossibility* como la *frustration* producen la *discharge* del deudor, esto es, su excusa por el incumplimiento de la prestación y de la condena en daños, además de estar legitimado para la restitución. En los dos modelos se tiene en cuenta la relevancia práctica de cada uno de los remedios, concebidos como defensas del deudor demandado en



### 3.7. Falta de *consideration*

En el derecho estadounidense se impone la teoría de la *consideration*, que equivale a la causa en el derecho continental. Así, se ha señalado que «si ciertos eventos sobrevinientes hacen imposible la ejecución de la prestación a cargo de una de las partes, ello hace que para la otra parte desaparezca la *consideration* que la llevó a contratar». Así:

en el derecho anglosajón la frustración del fin del contrato es un concepto general que se refiere a una ineficacia sobrevenida al contrato por acontecimientos posteriores a su perfección y que puede ser debida a causas diversas: sobrevenida ilegalidad, incumplimiento de una condición tácita, imposibilidad física sobrevenida, pérdida de utilidad para el acreedor, mutación sobrevenida en lo que se consideraba base objetiva del negocio. (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 581)

Citando doctrina argentina se señala que:

se ha visto que Mosset Iturraspe opina que la frustración del contrato es el género comprensivo de todos los supuestos de pérdida de sentido y razón de ser del contrato, tengan una base subjetiva u objetiva, mientras que la excesiva onerosidad sobreviniente particulariza una situación objetiva, la del desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, debido a hechos extraordinarios e imprevisibles, agregando que hay, pues, entre una y otra, la relación de género a especie. (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 583)

Consideramos, pues, que la frustración se convierte en género, mientras que la excesiva onerosidad de la prestación aparece como especie. La frustración tiene un origen angloamericano y una serie de clasificaciones dentro de las cuales destaca la *frustration purpose*.<sup>17</sup>

---

juicio. Una cuestión de mayor complejidad surge en cuanto al daño resarcible, pues bien sea que se trate de *impracticability* o de *frustration* el efecto es la liberación del deudor, parte de la doctrina ha señalado que el *discharge* tiene algunos efectos patrimoniales que lo caracterizan como mecanismo de compensación monetaria, lo que indicaría la necesidad de tratar el remedio a la luz del incumplimiento, mediante una valoración eficiente del daño y su reparación conforme a ciertas reglas del análisis económico del derecho. En verdad, si se aceptan reglas del análisis económico del derecho, el incumplimiento del contratante afectado por el evento sobrevenido debería sancionarse con su condena al resarcimiento del daño por la desilusión de la expectativa del acreedor (*expectation damages* o *expectation damages rule*), así mismo, el incumplimiento deberá aceptarse cuando se muestre eficiente, esto es, cuando el costo de la prestación resulte superior al valor que el acreedor le atribuye, en los demás casos deberá afirmarse el *performance as agreed*. Pero, si realmente se piensa que no es posible dar una respuesta jurídica a la elección entre exención de responsabilidad del deudor incumplido o su condena en daños, se debe entonces indagar en el comportamiento de las partes respecto del riesgo. Asumen así especial importancia en las decisiones jurisprudenciales las nociones de *reliance interests*, *doun payment* y *expectation interests* propias de la disciplina del resarcimiento del daño» (Chamie, 2019, p. 101).

17 Se afirma que: «De lo anteriormente expuesto resulta que, para mí, le razón de ser de todo contrato es alcanzar el equilibrio entre los intereses de las partes, de tal manera que la ruptura de ese equilibrio determinará la necesidad de recuperarlo, bien sea a través de la vía normal de la revisión del

## 4. La legislación nacional y comparada en materia de la excesiva onerosidad de la prestación

En lo diversos sistemas jurídicos comparados:

la adaptación del contrato al cambio de las circunstancias se designa con las expresiones *imprévision*, *révision du contrat*, *bouleversement du contrat*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *eccesiva onerosità*, *frustration*, *contract adaptation*, respectivamente en derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. En el derecho del comercio internacional se usan las expresiones *hardship* o *major economic dislocation*; sin embargo, todas estas expresiones no son sinónimas y, en ocasiones, dan lugar a grandes divergencias. (Chamie, 2019, p. 124)

La figura de la excesiva onerosidad de la prestación se encuentra regulada de la siguiente manera en nuestro Código Civil y en los Códigos Civiles y proyectos comunitarios.

### 4.1. Código Civil peruano de 1984

Artículo 1156. Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

Artículo 1315. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1316. La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor [...].

Artículo 1431. En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido [...].

#### TÍTULO VIII. Excesiva Onerosidad de la Prestación

Artículo 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos

---

contrato, bien a través de la vía más drástica de la resolución del mismo. Puede observarse, pues, que me alinee entre aquellos que opinan que el ordenamiento jurídico debe proporcionar los remedios necesarios para conjurar el peligro que se deteriore esa razón de ser» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 586). Culmina el autor citado señalando que: «Tomando en consideración, cabe decir que el sistema de nuestro código civil, es que en los contratos en que existe un lapso entre la celebración del contrato y la ejecución total de las prestaciones a cargo de ambas partes o de una sola de ellas, si una de estas prestaciones se convierte en excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la regla general es que la parte perjudicada puede solicitar que se reduzca la prestación» (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 587). Esta actuación definitivamente guarda coherencia con la aplicación del principio de equidad en las prestaciones contractuales.

extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Artículo 1441. Las disposiciones contenidas en el Artículo 1440º se aplican: 1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella. 2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Artículo 1442. Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 1440.

Artículo 1443. No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Artículo 1444. Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

Artículo 1445. La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.

Artículo 1446. El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Sobre la crítica a la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú ya hemos efectuado nuestras atenciones en el punto 2.1 de este artículo («El cambio de circunstancias y la adaptación al cambio sobrevenido de la base del negocio»).

## **4.2. Código Civil italiano de 1942**

Artículo 1256. La obligación se extingue cuando, por causa no imputable al deudor, la prestación se hace imposible.

Si la imposibilidad es sólo temporánea, el deudor, hasta que esta perdure, no es responsable del retraso en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede más considerarse obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene más interés en conseguirla.

Artículo 1463. En los contratos con prestaciones correlativas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación no puede pedir la contraprestación, y debe restituir aquella que haya recibido, según las normas relativas a la repetición de lo no debido.

### Excesiva onerosidad de la prestación

Artículo 1467. En los contratos de ejecución continuada o periódica, así como de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se hace excesivamente onerosa por verificarse eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el art. 1458.

La resolución no puede ser demandada si la sobrevenida onerosidad entra en el álea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Artículo 1468. Contrato con obligaciones de una sola de las partes.- En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se tratara de un contrato en el que sólo una de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede pedir una reducción de su prestación, o bien una modificación en las modalidades de ejecución, que sean suficientes para reducirlas a la equidad.

Artículo 1469. Contrato aleatorio.- Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Sobre la legislación italiana que nos sirve de referente, es importante destacar que en el caso italiano la primera alternativa frente a una situación de desequilibrio contractual es la resolución del contrato y, posteriormente, si el demandado lo considera, se puede ofrecer el cambio o la variación del contrato para, de esta manera, conservarlo. En el caso peruano es al revés, como ya lo señalamos: en primer término, lo que se solicita al juez es la modificación del contrato y, de no poderse conservar el contrato mediante su adecuación a la nueva situación, el juez, a solicitud del demandado, podrá resolver el contrato. Nos parece más adecuada la regulación peruana, pues agota la posibilidad de conservar el contrato mediante su adecuación a las nuevas circunstancias y deja como residual la posibilidad de su ineficacia. Claro que es mejor, aunque se peque por exceso, establecer legislativamente la imperatividad de la renegociación del contrato de manera extrajudicial para, solo una vez que se han determinado infructuosas estas posibilidades de adecuación contractual, se pueda acudir al órgano judicial o arbitral para discutir la adaptación del contrato o su eventual resolución. Lo aquí señalado, sin dejar de mencionar las críticas que hemos realizado sobre la potestad que da el legislador al demandado acreedor para que solicite judicialmente la resolución del contrato.

Sobre la excesiva onerosidad y las fluctuaciones en el mercado, se ha indicado:

En efecto, la excesiva onerosidad es concebida como una perturbación del equilibrio patrimonial entre las prestaciones. Así, se afirma que el parámetro objetivo para valorar la ocurrencia de la excesiva onerosidad está constituido por un agravio cuantitativamente importante del costo de la prestación (o del compromiso económico del deudor) perceptible al momento de la ejecución, que exceda la previsibilidad de las fluctuaciones en el valor relacionadas a la incertidumbre económica propia del tipo contractual (negocio realmente celebrado), a su vez

conectada a la fluctuación ordinaria de mercado, o el mayor riesgo económico convencionalmente asumido con la previsión de cláusula específica. (Cienfuegos Falcón, 2009, p. 209)

Gabrielli, acerca de la operación económica y la excesiva onerosidad en el caso italiano, ha señalado:

La noción de excesiva onerosidad, que la doctrina ha tratado frecuentemente de encerrar en una definición omnicomprendensiva del fenómeno y de sus variadas formas de manifestación, es en realidad un concepto elástico, cuyo contenido concreto debe ser puesto de vez en cuando a la evaluación del intérprete, porque, cual concepto de relación entre determinados parámetros normativos y el contenido del único y concreto contrato objeto de valoración, se especifica con respecto a cada caso individual y particular al contenido de la operación económica disciplinada del contrato. (Cienfuegos Falcón, 2009, p. 211)

#### **4.2.1. La resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación. La renegociación y el requerimiento al juez. El derecho italiano<sup>18</sup>**

Acerca de la excesiva onerosidad de la prestación como argumento para la resolución del contrato, se ha señalado que:

según la orientación contraria, y hoy prevalente, la excesiva onerosidad sobrevenida puede ser invocada solamente como fundamento de una demanda de resolución, de conformidad con el art. 1467 del c.c., y no como mera excepción para contrastar la demanda de cumplimiento de la otra parte, en la medida que se encuentre encaminada a conseguir un pronunciamiento exorbitante al mero rechazo de la demanda de cumplimiento. (Gabrielli, 2013, p. 410)

En este sentido también se ha dicho que puede ser una declaración de voluntad dirigida a la contraparte para la modificación del contrato con asunción de nuevas obligaciones, y al juez, en el caso de que aquel no acepte. Primero, entonces, se adoptaría el criterio de la renegociación o modificación voluntaria del contrato, y, solo en caso no acepte el beneficiado con la excesiva onerosidad, se podría acudir al juez para que modifique o resuelva el contrato. Esa es la tendencia a la que arribaría el modelo italiano:

La formulación de la excesiva onerosidad de la prestación en el proceso y fuera del proceso.

La imposibilidad del juez de plantear la resolución si es que la oferta de modificación del contrato es una mejor alternativa para llevar al contrato a la equidad.

La excesiva onerosidad de la prestación «podría útilmente adelantarse y operar incluso extrajudicialmente y obtener éxito aun independientemente de la resolu-

---

18 Para la revisión de esta parte con mayor detalle permítaseme citar mi trabajo: Cieza Mora (2018, pp. 75-135).

ción del juez. Su realización permanece en el plano negocial y no contrasta con el interés del propio actor que ha accionado en juicio, del cual puede importar la realización y la satisfacción manteniendo en vida el contrato en actuación del conocido principio de la conservación del contrato. (Gabrielli, 2013, p. 417)

Sobre la prevalencia de la oferta de la parte que invoca la excesiva onerosidad de la prestación y la modificación del contrato en equidad no existiría la posibilidad del órgano judicial para declarar la excesiva onerosidad en el propio proceso, porque ya se ha llegado a una situación de equilibrio y equidad en la oferta planteada extrajudicialmente. En este sentido, la doctrina que vengo siguiendo señala que:

desde tal perspectiva se sostenía que si el actor (en rescisión o en resolución) acepta la oferta, el contrato resulta modificado, puesto que un nuevo contrato se sustituye al precedente, pero inclusive si no la acepta la ley dispone que el juez ya no puede pronunciar la rescisión siempre que la oferta sea suficiente para reconducir el contrato a equidad. Vale decir que el juez, a fin de pronunciar la rescisión, ya no puede juzgar la equidad del contrato según el contenido originario, sino según el contrato tal como resulta modificado por la oferta. Por lo tanto, si la oferta es equitativa basta por sí sola para modificar el contrato, de modo que si el juez reconoce la equidad debe rechazar la demanda de actor. (Gabrielli, 2013, p. 418)

#### **4.2.2. Teoría de la naturaleza procesal de la oferta de modificación del contrato. Es posible la modificación del contrato para evitar la rescisión o resolución**

Esta teoría aplicable a la excesiva onerosidad de la prestación como presupuesto para modificar o extinguir el contrato señala que tal oferta tiene un contenido procesal, pues:

en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir a la equidad el contrato, evitando su rescisión o resolución; la iniciativa de la revisión queda entonces siempre remitida a la parte y el juez interviniente solo para actuarla como resultado del ejercicio de un derecho. (De Martini, xxxx, p. 139)<sup>19</sup>

En cuanto a la jurisprudencia italiana, se ha indicado que:

en la opinión de los Tribunales, la oferta tiene naturaleza procesal. [...] El recorrido interpretativo, suscrito a decir verdad por un hecho concreto (*fattispecie*) en materia de rescisión, parte de una consideración de la letra empleada por la norma (que, en realidad, ya sea en materia de rescisión: art. 1450 c.c., ya sea en materia de resolución: art. 1467, inciso 3 c.c., es idéntica en la formulación) «puede evitar la rescisión» para deducir de ello que la ley confiere a la parte:

---

19 Para la perspectiva procesal, v. también Mirabelli (1962, pp. 353 y ss., citado por Gabrielli, 2013, p. 421).

el poder de evitar la rescisión del contrato a través de una modificación suficiente para reconducirlo a equidad. Y si se trata de un poder la contraparte se encuentra, frente a este, en situación de sujeción, en la situación de necesidad de sufrir la modificación del contrato, con el consiguiente impedimento de la rescisión. [...] En la interpretación de la norma del art. 1450 c.c., debe darse importancia esencial a la proporción principal de la frase, «puede evitar la rescisión», es decir al poder; mientras que la otra proposición conexas y subordinada —«ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a equidad»— viene a significar, en otros términos, que la parte debe ejercer el poder declarando estar dispuesta a asumir aquellas prestaciones más onerosas que sean suficientes para reconducir el contrato a la equidad. (Gabrielli, 2013, p. 421)

Se aprecia que la casuística o la doctrina procesal italiana argumentan que la oferta para modificar el contrato basándose en los cambios producidos que hacen onerosa la prestación tiene naturaleza procesal y no sustantiva, por lo que es necesario establecer un diálogo entre la doctrina sustancial y la adjetiva. En ese sentido, se ha señalado que «en tal caso, la sentencia tiene una naturaleza constitutiva y cumple la función de actuar el derecho del demandado a introducir la modificación considerada suficiente para reconducir el contrato a la equidad, evitando su resolución. La iniciativa de la revisión queda entonces siempre asignada a la parte y el juez interviene solo para efectivizarla como resultado de ejercicio de un derecho» (Gabrielli, 2013, p. 423).

#### **4.2.3. La *reductio* como mecanismo para que el juez modifique el contrato**

Otro aspecto importante en donde el juez cobra mayor protagonismo es la llamada *reductio*, que «en el plano de la valoración y solución del conflicto de los intereses contrapuestos el legislador, en tutela del interés del demandado en no perder la contraprestación, ha querido atribuir al juez el poder de modificar el contrato a través del procedimiento de la *reductio*» (Gabrielli, 2013, p. 429). Así, «en presencia de una oferta genérica, el juez se convierte entonces en un mediador de intereses particularmente calificado, en la medida en que no interviene sobre el contrato, integrando su contenido, sino que interviene en aras de la salvación y composición del conflicto de intereses regulados en el contrato» (Gabrielli, 2013, p. 429).

#### **4.2.4. La equidad como equilibrio entre las prestaciones**

Sobre la equidad, aplicada a la modificación de los términos contractuales, en posición que comparto, se ha señalado lo siguiente:

El término equidad empleado por la norma podría en efecto inducir a pensar que en este caso el juez opera mediante el recurso a la equidad integradora; de modo que resulta necesario precisar cuál es la reglamentación de los poderes que el legislador ha querido atribuir al intérprete con la referencia a tal concepto. El art. 1467 (al igual que la análoga disposición a que se refiere el art. 1450) c.c., se refiere a la equidad como un criterio técnico y no atribuye al órgano judicante ningún



tipo de discrecionalidad, de modo que en el hecho jurídico hipotético (*fattispecie*) no es posible hallar un verdadero y propio juicio de equidad, ni menos aún una hipótesis de equidad integradora, puesto que el término en este caso no significa «justicia en relación al caso concreto, sino equilibrio entre las prestaciones» (Santorro Passarelli, 1975, p. 60; Constanza, 989, pp. 139 y ss; Sacco, cit., t. 2, p. 721, citado por Gabrielli, 2013, p. 429)

Además de lo indicado, consideramos que se puede utilizar la cláusula general normativa de la buena fe para comprender y aplicar la excesiva onerosidad de la prestación. La base para utilizar la buena fe y su enorme incidencia en materia contractual podemos tomarla de nuestro artículo 1362 de nuestro CC, que establece que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Chamie (2008, p. 114) ha señalado que la buena fe «cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y por ende la equidad en el intercambio, al momento de la celebración y también durante la ejecución». Entonces, advertimos que la buena fe tiene la misión de mantener el equilibrio contractual en ambas etapas antes mencionadas del contrato; es decir, desde el inicio del contrato y durante la ejecución de este.

#### **4.2.5. El desequilibrio inicial y el sobrevenido**

En el acápite anterior hablamos del desequilibrio de las prestaciones como presupuesto para la modificación de los términos o del programa contractual. Efectivamente, consideramos necesario ahondar en esta materia que ha tenido poco desarrollo en nuestro país y que permite advertir un cambio o variación en los aspectos contractuales o inclusive puede llegar a la extinción de los efectos del contrato. Existen varias maneras en que el programa contractual pueda modificarse o resolver el contrato, y estas formas —o, mejor, situaciones que inciden en el programa del contrato— pueden manifestarse al inicio o durante la ejecución contractual. Con acierto se ha señalado que:

[...] durante la ejecución [del contrato] presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobreviniencia contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso. (Chamie, 2008, pp. 113-114)<sup>20</sup>

---

20 «Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (*equality in the exchange*) [...]» (Chamie, 2008, p. 114). «Por otra parte, la obligación contractual, como *vinculum iuris*, implica una relación de cooperación entre las partes, que está basada en la buena fe y la equidad [...]. Ello [...] explica, durante la ejecución del contrato, la conducta del deudor dirigida a la satisfacción del acreedor, y la conducta de este, basada igualmente en la cooperación, encaminada a facilitar a aquel el cumplimiento, además a comportarse lealmente en caso de incumplimiento, o de no cumplimiento, e incluso de dificultad en el cumplimiento o de ruptura de la



### 4.3. Código Civil francés

Artículo 1302. Cuando el cuerpo cierto y determinado de que era objeto la obligación, perece, queda fuera de comercio, o se pierde de modo que se ignora en absoluto su existencia, queda extinguida la obligación si la cosa feneció o ha sido perdida sin culpa del deudor.

#### Excesiva onerosidad de la prestación

Artículo 1195. Si un cambio imprevisible de circunstancias al concluir el contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no acordó asumir el riesgo del mismo, este último puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte. Ella continúa cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación.

En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la terminación del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o solicitar al juez de común acuerdo que proceda con su adaptación. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar o resolver el contrato, en la fecha y en las condiciones que fije.

Debe indicarse que diversos casos de la jurisprudencia civil francesa señalaban, con base en los *principios de lealtad y buena fe*, un «deber de renegociar un contrato desequilibrado por una modificación imprevista de circunstancias económicas» (Cabrillac, 2015, p. 839); no obstante, la decisión final que se derivó del caso *Canal de Craponne* ha sido reafirmada por los tribunales franceses (Cienfuegos Falcón, 2009, p. 215).

En la historia de los proyectos franceses sobre la materia se deben seguir tomando como referencias el *El Avant Project Terré* y *El Avant Projet de Chancellerie*.

Finalmente, los efectos de la ocurrencia del cambio de circunstancia imprevisible presentan los siguientes escenarios.

En primer lugar, una vez que se presente una situación de excesiva onerosidad, la parte afectada puede solicitar la renegociación del contrato, por lo que se evidencia que no se ha previsto un deber de renegociar el contrato. En caso las partes no logren un acuerdo en la renegociación o la solicitud de renegociación sea rechazada por la contraparte, existen dos opciones: la terminación del contrato por mutuo acuerdo o solicitarle al juez su adaptación. En caso de ausencia de un acuerdo de terminación del contrato, en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de parte, adaptar (modificar) el contrato o resolverlo.

Con esta nueva regulación, «la solución frente al desequilibrio en los contratos privados a causa de circunstancias imprevisibles se aparta de la decisión del caso *Canal de Craponne*, permitiendo ahora la flexibilización de dichos contratos, como sucede en el campo del derecho administrativo» (Cienfuegos Falcón, 2009, p. 218). Coincido con esta apreciación con una sola atinencia: en el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo (cualquiera que fuese, el derivado de la renegocia-

---

paridad a causa de circunstancias externas a la relación obligacional» Chamie, 2008, p. 115).

ción o el de resolución del contrato) se podrá solicitar al juez (por una sola de las partes) que decida si adapta el contrato o lo resuelve. Nótese que el autor citado se refiere a que el juez podrá actuar en caso de «ausencia de un acuerdo de terminación del contrato». Consideramos que no solamente en este supuesto quedará expedita la potestad de una parte para solicitar al juez su decisión, sino también en el caso de ausencia de decisión de las partes de modificar el contrato.

#### 4.4. ABGB austriaco

Excesiva onerosidad de la prestación

§ 936. La convención de querer concluir posteriormente un contrato es obligatoria entonces solamente cuando se haya establecido tanto el tiempo para concluirlo, cuanto los puntos esenciales del mismo, y además que en el intervalo no hayan cambiado las circunstancias de tal manera que falte el fin expresamente determinado o aparente de las circunstancias, o cese la confianza de una y otra parte...

#### 4.5. BGB alemán de 1900

§ 275. Exclusión del deber de prestación

(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona.

(2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación.

(3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida.

§ 313. Alteración de la base del negocio

Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia.

#### **4.5.1. El hardship y las circunstancias fuera del contrato**

Sobre la legislación alemana, se ha señalado que: «Esto permite cerrar la brecha mediante el propio contrato. Por lo tanto, si las circunstancias han sido parte del contrato, el concepto de *Geschäftsgrundlage* no es aplicable. La doctrina contractual del *hardship* codificada en el § 313 *BGB* se refiere a circunstancias fuera del contrato real» (Cienfuegos Falcón 2009, p. 213). En este caso la legislación tedesca es clara: si las circunstancias que se aducen como elementos para la adaptación o resolución fueron, desde siempre, parte del contrato, entonces no es factible la adaptación o culminación del vínculo. Tenemos que el *álea* del contrato abarcaba las circunstancias que ahora se invocan para variarlo, y esto no puede ser ni equitativo ni justo, pues la llamada parte afectada conocía desde el principio de estas circunstancias y no puede aducir desequilibrio contractual. La parte «perjudicada» tendrá, entonces, que asumir voluntariamente el riesgo inherente al contrato que no le era desconocido. Pensar de distinta manera es no tomar en cuenta la aplicación del principio de la buena fe contractual.

#### **4.5.2. Aplicación del frustration of purpose en el caso alemán**

Con detalle se ha descrito sobre las influencias de la legislación alemana:

Conforme lo desarrollado, es posible advertir que la teoría de la imprevisión del modelo alemán adoptó en su § 313 no solo a la excesiva onerosidad vista en el modelo italiano, es decir, aquella situación donde el costo del cumplimiento de la prestación aumenta de tal forma que es difícil ejecutarla, sino además, entre otras, tiene en consideración la *frustration of purpose* americana, el *common mistake* inglés y la disminución del valor de la contraprestación como supuestos de *Störung der Geschäftsgrundlage*. En otras palabras, podemos señalar que el modelo alemán comprende una excesiva onerosidad en sentido amplio, el cual comprende supuestos del *common law*. Asimismo, el remedio frente a estas circunstancias es la solicitud de adaptación del contrato y en caso esto no ocurra, la parte perjudicada podrá resolver el contrato. Finalmente, no debe dejar de señalarse que la aplicación de la teoría *Geschäfts-grundlage* del § 313 del *BGB* es supletoria. (Cienfuegos Falcón, 2009, p. 214)

Vemos, pues, la trascendencia del derecho comparado para comprender la consolidación del parágrafo 313 alemán: la influencia no solo italiana que hemos descrito precedentemente, sino también el conocimiento del sistema anglosajón y, en particular, la tesis del *frustration of purpose* comentada párrafos arriba. Como se sabe, la alteración de la base del negocio es la teoría que evidentemente se ha internalizado en el codificador alemán, y la variación o cambio de las circunstancias permiten a la parte afectada con esa alteración solicitar la adecuación o la culminación del vínculo. Con razón la doctrina citada ha señalado que estamos ante una norma supletoria

y no imperativa; por lo tanto, las partes, en virtud de la autonomía privada, pueden establecer que una de ellas asuma el riesgo de la alteración de la base negocial.

Así mismo, sobre el *hardship* hemos señalado que:

[En el Derecho alemán] el § 275 (2) BGB [arriba glosado] sirve de fundamento legal al límite en estudio. Así, a tenor de esta norma, el deudor puede oponerse al cumplimiento específico en la medida en que le exija un gasto o esfuerzo que, habida cuenta del objeto de la obligación y de las exigencias de la buena fe, resulte manifiestamente desproporcionado con respecto al interés del acreedor en el cumplimiento. (Palazón Garrido, 2004, p. 94)

Sobre la grave desproporción que el *hardship* genera: «el § 275 (2) BGB cubre situaciones de grave desproporción entre los intereses en conflicto; y en particular, entre el beneficio obtenido por el acreedor como consecuencia del cumplimiento específico y el perjuicio que este inflige al deudor» (Palazón Garrido, 2004, p. 95). Tampoco se puede alegar en este marco normativo el llamado incumplimiento eficiente del contrato, ya que «[...] por último, la norma del § 275 (2) BGB no comprende los casos en que existe un negocio alternativo más ventajoso para la parte incumplidora; esto es, no puede alegarse para su aplicación la teoría del incumplimiento eficiente».<sup>21</sup>

#### 4.6. Código Civil español de 1889<sup>22</sup>

Artículo 1.182. Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.

Artículo 1.183. Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.096.

Artículo 1.184. También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible.

##### ARTÍCULO 1575

El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, *peste*, inunda-

---

21 Desde un punto de vista procesal se ha dicho: «Por último, en sede ya de ejecución forzosa, el § 765a (1) de la ley de ritos (ZPO) autoriza al tribunal, a instancia del deudor ejecutado, para revocar o suspender, completamente o en parte, una medida de ejecución, si teniendo en cuenta el interés del acreedor, la medida supone una excesiva onerosidad, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso» (Palazón Garrido, 2004, p. 95).

22 Debo señalar que para la transcripción de algunos de los artículos de los códigos civiles vigentes y sus antecedentes, nos hemos valido de la sistematización que para sus clases ha realizado el doctor Rómulo Morales Hervias y que contiene información relevante en materia legislativa sobre excesiva onerosidad de la prestación.

ción insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever. (Cursivas nuestras)

Como podemos apreciar, este artículo nos habla de la peste, situación que nos hace recordar el motivo de la redacción de este trabajo. Lo de ahora no es una peste en sentido estricto, pero sí una pandemia que causa los mismos y hasta mayores estragos que la peste en el sentido tradicional del término, recordando la peste bubónica o a la peste que sirvió de título y contenido a ese gran libro de Albert Camus. El artículo español también nos habla de un caso fortuito ordinario (en el que no habrá lugar a disminución de renta) y otro extraordinario (en el que sí habría lugar a reducción de la renta). Por supuesto, con base en la autonomía privada admite pacto en contrario: «Es interesante resaltar que [...] en España la restricción basada en la existencia de una onerosidad exorbitante para el deudor solo encuentra fundamento legal en el art. 7 CC, que consagra como límites generales del ejercicio de todo derecho subjetivo *la buena fe y el abuso del derecho*» (Palazón Garrido, 2004, p. 96) (Cursivas nuestras)

Como se puede apreciar, el derecho español toma como sustento para justificar la excesiva onerosidad de la prestación no regulada dos cláusulas generales normativas como la buena fe y el abuso del derecho. Esto implica tener en cuenta que no necesariamente debemos regular de manera expresa una institución para actuar con equidad frente a situaciones de desequilibrio, sino que basta la existencia de cláusulas abiertas para que una atenta jurisprudencia pueda llenarlas de contenido aplicando remedios que no permitan la arbitrariedad o el abuso.

De igual forma, en:

la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos contiene una regulación en la línea del derecho comparado y, como veremos, de los textos de Derecho uniforme. En su art. 1.192.11.2º se recoge como límite a la tutela específica los casos en que «el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, resulten excesivamente onerosos para el deudor». (Palazón Garrido, 2004, p. 97)

En el caso español:

[...] el segundo ejemplo está representado por la STS 2 julio 1998, en la que el alto tribunal afirma que «es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado»; «el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar». En ambos casos la indemnización es el cauce para la satisfacción del interés del acreedor.<sup>23</sup>

---

23 *Vid.* Morales Moreno, pp. 68-70, y Díez Picazo, Roca Trías y Morales Moreno, pp. 341-342, citados por Palazón Garrido (2004, p. 97).

Se puede ver que cuando existe una situación perjudicial y absolutamente desproporcionada para el deudor, como en el caso del *common law*, es preferible y pertinente el resarcimiento por los daños y perjuicios, pues sería irrazonable exigir la prestación específica al deudor, en desproporcionado beneficio del acreedor, con lo cual se está vulnerando el principio de la buena fe y, en concreto, se estaría perpetrando un evidente abuso del derecho comprendido como la contradicción entre un derecho subjetivo (el del acreedor) *versus* un legítimo interés.

#### 4.7. Código Civil portugués de 1966

Artículo 282. Negocios usurarios

1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para sí o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.
2. Queda a salvo el régimen especial establecido en los artículos 559-A.

Artículo 283. Modificación de los negocios usurarios

1. En lugar de la anulación, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad.
2. Requerida la anulación, la parte contraria tiene la facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior.

Nos interrogamos: ¿cuándo estaremos frente a una debilidad de carácter o ante una ligereza de la parte perjudicada? Aquí habrá, de seguro, una dificultad para aplicar causuísticamente la figura de la excesiva onerosidad, por lo ambiguo e interpretable de estas características previstas en el Código mencionado.

#### 4.8. Código Civil chileno de 1855

Artículo 1547 inc. 2 C.c. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

#### 4.9. Código Civil argentino de 1868 (antecedente histórico)

Caso Fortuito

Artículo 513. El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o este hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

Artículo 514. Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no

ha podido evitarse.

Excesiva onerosidad de la prestación (antecedente histórico)

Artículo 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Código Civil argentino de 2015

Artículo 1091

Imprevisión

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Vemos cómo el Código Civil argentino recoge la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, así como se refiere a la alteración del equilibrio contractual por el surgimiento de causas sobrevinientes a la celebración del contrato y que sean no imputables a las partes o cuyo riesgo no haya sido asumido por la parte perjudicada por la variación de circunstancias. Señala —considero que con razón— el Código argentino que la parte perjudicada con la excesiva onerosidad puede en primer lugar plantear extrajudicialmente la resolución del contrato o su adecuación a las nuevas circunstancias. También deja abierta la alternativa de plantear judicialmente esta resolución o adaptación a un nuevo equilibrio contractual. Esta pretensión judicial (o arbitral) puede ser propuesta también como excepción, es decir, al momento de contestar la demanda en que una de las partes (acreedor) plantea el cumplimiento de la prestación específica. Lo novedoso en el caso del Código comentado es que incorpora al tercero que eventualmente podría resultar perjudicado con la excesiva onerosidad de la prestación que se haya originado para por derechos u obligaciones resultantes del contrato entre las partes. De la misma manera, incorpora al contrato aleatorio como pasible de ser restituido al equilibrio si las circunstancias nuevas exceden o desbordan el álea del contrato perjudicando excesivamente a una de las partes.



#### 4.10. Código Civil mexicano para el D.F. de 1928

##### Caso Fortuito

Artículo 2.111. Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa y contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone.

Artículo 2455. El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, *peste*, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever.

En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas.

Las disposiciones de este artículo no son renunciables. (Cursivas nuestras)

Como se puede apreciar, este artículo del Código Civil mexicano tiene una innegable influencia del Código Civil español. Repite, por ejemplo, como caso fortuito extraordinario, la peste a la que nos referimos líneas arriba.

#### 4.11. Código Civil de Cuba

##### Excesiva onerosidad de la prestación

##### SECCIÓN SEXTA

##### Rescisión

Artículo 80. Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida.

#### 4.12. Código de Comercio de Colombia de 1971

Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.



#### 4.13. Código Civil boliviano de 1975

Artículo 379. La obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible definitivamente por una causa no imputable al deudor.

Artículo 577. En los contratos con prestaciones recíprocas la parte liberada de su prestación por imposibilidad sobreviniente no puede pedir la contraprestación de la otra y deberá restituir lo que hubiera recibido. Las partes pueden sin embargo convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor.

Excesiva onerosidad de la prestación

Artículo 581.

I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

II. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevinida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.

Artículo 582. En la hipótesis prevista en el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar que se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad.

En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

El Código Civil boliviano incorpora también la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación para los contratos con prestación unilateral en donde la única parte que cumplirá la prestación puede verse ante una situación sobrevinida que haga excesivamente onerosa esa prestación o que la perjudique irrazonablemente. Bien plantea el Código comentado que en estos casos se debe reducir la prestación utilizando criterios de equidad. Lo contrario no sería adecuado y correspondería también a una contravención a las cláusulas generales de buena fe e impedimento del abuso del derecho.

#### **4.14. Código Civil brasileiro de 2002**

Artículo 393. O devedor nao responde pelos prejuízios resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente nao se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos nao era possível evitar ou impedir.

Artículo 478. Nos contratos de execucao continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a otra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Artículo 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Artículo 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear quae a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva.

ARTÍCULO 478. En los contratos de ejecución continua o diferida, si el desempeño de una de las partes se vuelve excesivamente oneroso, con una ventaja extrema para la otra, debido a eventos extraordinarios e impredecibles, el deudor puede solicitar la terminación del contrato. Los efectos de la sentencia a decretar serán retroactivos a la fecha de la citación.

ARTÍCULO 479. Se puede evitar la resolución ofreciendo al demandado que modifique equitativamente los términos del contrato.

ARTÍCULO 480. Si en el contrato las obligaciones recaen en una sola de las partes, puede reclamar que su desempeño se reduce o la forma de hacerlo cambia, para evitar costos excesivos.

Aspecto interesante del Código brasileiro es que se puede pretender en la demanda de resolución de contrato por excesiva onerosidad de la prestación, que el demandado tenga la posibilidad de modificar el contrato o adecuarlo para de esta manera cumplir con las prestaciones, pero restituyendo la situación a equidad. De esta manera se conservaría el contrato, pero con la adecuación a las circunstancias sobrevenidas.

#### **4.15. Código Civil de Paraguay**

Artículo 672. En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.

#### 4.16. Código Civil de Uruguay

Artículo 1708. Si al tiempo de la evicción se viere que había aumentado el valor de la cosa vendida, sin que haya tenido parte en ello el comprador, está obligado el vendedor a pagarle aquel tanto que importa más sobre el precio de la venta.

Sin embargo, en esta disposición no se comprende el caso en que el aumento de valor nazca de *circunstancias imprevistas y extraordinarias*, como la apertura de un canal, el establecimiento de un pueblo, etc. (Cursivas nuestras)

#### 4.17. Principios Unidroit

Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre «excesiva onerosidad» (*bardship*).

Artículo 6.2.2 (Definición de la «excesiva onerosidad» (*bardship*))

Hay «excesiva onerosidad» (*bardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3. (efectos de la «excesiva onerosidad» (*bardship*))

- 1) En caso de «excesiva onerosidad» (*bardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- 2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- 3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- 4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de «excesiva onerosidad» (*bardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- b) adaptar el contrato con miras a restablecer el equilibrio.

Artículo 7.1.7(1). (1) La parte incumplida se exonera de responsabilidad si prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento derivado de circunstancias extrañas a su esfera de control y que no estaba razonablemente llamada a prever tal impedimento al momento de la conclusión del contrato o a evitar o superar el impedimento mismo o sus consecuencias.

Me parece uno de los referentes normativos más adecuados a la regulación de la excesiva onerosidad de la prestación, pues de una parte invoca a las partes a renegociar (creo que este es el término correcto)<sup>24</sup> el contrato por las circunstancias que han alterado el equilibrio contractual y, de otro lado, al no llegarse a un acuerdo en un plazo razonable, permite al juez las dos alternativas posibles: la adecuación del contrato a la equidad o la resolución del contrato como última *ratio*. Considero que los jueces o los árbitros deben tener presentes como referente normativo en sus sentencias o laudos estos principios para lograr una mayor eficiencia y, al mismo tiempo, equidad en sus decisiones.

De otro lado, en el marco regulatorio de «los Principios Unidroit», las letras ‘h’ y ‘c’ del artículo 7.2.2 responden también al mismo criterio de eficiencia económica, limitando el remedio específico cuando: «b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa; c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía»<sup>25</sup> (cursivas nuestras).

#### 4.18. Proyecto Lando

Artículo 9:503: Previsibilidad

---

24 En contra, Cienfuegos Falcón (2009).

25 Sienta el precedente la sentencia del caso *Rynit v. Mutual Tontine Westminster Chambers Assoc.* (1893), donde el tribunal denegó la tutela específica en un contrato de prestación de servicios de portería en un edificio de apartamentos, debido a que la ejecución de la medida requería «*that constant superintendence by the court, which the court in Midi cases has always declined to give*». La regla se exportó al derecho estadounidense [*Restatement Second of Contracts* § 366; *Lorch Inc v. Besseuter Mall Shopping Center Inc* (1975)]. Sin embargo, el alcance de la restricción es controvertido y ha sido cuestionado por algunos tribunales, que han otorgado el cumplimiento específico en contratos de tracto sucesivo como el de construcción de obra inmueble [*Storer v. GW ry* (1842) *Kennard v. Cory Bros & Co* (1922); *Rainbow Estates Ltd v. Tokenhold Ltd* (1999)], o en ocasiones, en un contrato de prestación de servicios [*Giles Co v. Morris* (1972)]. Un sector de la doctrina ha criticado también este límite por estimar que su base es ilusoria, en tanto que las dificultades prácticas invocadas por los jueces están sobreestimadas; e ilegítima, ya que el coste de la puesta en práctica de un remedio no es justo motivo para limitar su disponibilidad. Los argumentos a favor y en contra de la aplicación de este límite se ilustran con el caso *Cooperative Insurance v. Argyll Stores (Hol dings) Ltd.* (1998) (Palazón Garrido, 2004, p.100). «[...] El hecho de que con la medida se infligía al deudor un daño mayor que el beneficio que obtendría el acreedor del incumplimiento; el rigor de la consecuencia que deriva del incumplimiento de la orden de cumplimiento específico: *contempt of court*; además de la contravención al interés público-económico que supone obligar a alguien a que continúe un negocio que produce pérdidas, cuando existe la alternativa plausible de la indemnización de daños para compensar a la otra parte, etc.» (Palazón Garrido, 2004, p. 101).

La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente.

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Puedo resaltar de este Proyecto, que ha sido referente obligatorio en el derecho continental, que prevé la renegociación del contrato (así no lo señale explícitamente) para que las partes puedan conservar el contrato y, poniéndose de acuerdo, se proceda a la adecuación del contrato a las nuevas circunstancias. En el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en plazo razonable (aquí el criterio del juzgador es importante), el juzgador o árbitro (se entiende, a pedido de una de las partes) podrá tener la posibilidad de resolver el contrato y extinguirlo o podrá adaptar el programa contractual a la situación sobrevenida. Es decir, resolverá en equidad de acuerdo con su criterio luego de que haya internalizado las posiciones de las partes y comprendido el contexto o las circunstancias que sobrevinieron a la ejecución contractual.

#### **4.19. Proyecto de Pavía**

Artículo 97. Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas.

1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo

prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor, debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato.

#### Artículo 157. Renegociación del contrato

1. Si concurren acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97.1, la parte que pretende prevalerse de la facultad prevista en esta norma debe dirigir a la contraparte una declaración con las indicaciones necesarias y precisar, además —bajo pena de nulidad del requerimiento—, qué otras condiciones propone para mantener la eficacia del contrato en cuestión. A esta declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.

2. Con el fin de que las partes puedan resolver extrajudicialmente la cuestión, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido seis meses a contar desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. Si concurre el supuesto previsto en el apartado 1, la contraparte puede interpelar a la parte cualificada para ejercer la facultad aquí prevista, al objeto de que declare en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la renegociación del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto en cuestión renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar el requerimiento. A dicha declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.

4. Si las partes no llegan a un acuerdo en el plazo del apartado 2, el sujeto legitimado debe, en un plazo de caducidad de 60 días, plantear su demanda ante el juez según las reglas procesales aplicables en el lugar en el que el contrato ha sido cumplido.

5. El juez, tras evaluar las circunstancias y teniendo en cuenta los intereses y solicitudes de las partes, puede, recurriendo eventualmente a prueba pericial, modificar o resolver el contrato en su conjunto o en su parte incumplida, y, si procede y ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño.

En este caso se presenta una regulación más exhaustiva en cuanto a la etapa extrajudicial, en la que se aplican plazos que se computan desde el momento de la declaración de la parte que solicita la renegociación del contrato por las circunstancias sobrevenidas. También el proyecto establece un plazo de caducidad para acudir al juez y solicitar la adecuación del contrato o, eventualmente, su resolución. El juez tendrá que resolver en equidad de acuerdo con la situación actual y las posiciones de las partes.

#### **4.20. Proyecto Catala (sirvió de base para la modificación del Código Civil francés)**

Artículo 1135-1. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden comprometerse a negociar una modificación de su convención en el caso de que, por efecto de las circunstancias, sea alterado el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas, al punto de que el contrato pierda todo interés para una de ellas.

Artículo 1135-2. A falta de esa cláusula, la parte que pierda interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia, que ordene una nueva negociación.

Artículo 1135-3. Llegado el caso, en esas negociaciones se procederá como se indica en el capítulo i del presente título.

Ante su fracaso, exceptuado el caso de mala fe, se abrirá para cada parte la posibilidad de terminar (*résilier*) el contrato sin expensas ni perjuicios.

Este proyecto deja a la voluntad de las partes la posibilidad de renegociar el contrato ante una alteración de circunstancias, si es que así lo han regulado en su programa contractual. Si no lo han hecho, la parte perjudicada acudirá al Tribunal para que este ordene una renegociación del contrato.

### **5. Ley de Contrataciones peruana y su reglamento**

Si bien es cierto la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento es una norma de derecho público y no de derecho privado, he considerado pertinente transcribir-la porque estas normas se refieren al *equilibrio económico financiero* que tiene un sustento análogo al que hemos apreciado en el derecho de contratos. Aun cuando la contratación pública es un escenario diferente al que hemos venido tratando, nótese que la lógica para la adecuación del contrato, o para las modificaciones, adicionales y ampliaciones de este, tienen como base la figura de la excesiva onerosidad de la prestación del derecho civil, máxime cuando el criterio adoptado por el legislador es adecuar el contrato a la equidad.

En la Ley de Contrataciones del Estado peruano se menciona el equilibrio económico financiero del contrato en el numeral 34.1:

Artículo 34. Modificaciones al contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. *Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.*



34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

34.3 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.4 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

34.5 En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

34.6 Respecto a los servicios de supervisión, en los casos distintos a los de adicionales de obras, cuando se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.

34.7 El Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. Para lo regulado en los numerales 34.6 y 34.7 no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.3 del presente artículo.



34.8 Para el cálculo del límite establecido en el numeral 34.6, solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

34.9 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el Titular de la Entidad.<sup>26</sup> (Cursivas nuestras)

Este artículo se encuentra reglamentado en el artículo 160 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 344-2018-EF:

Art. 160. Modificaciones al contrato

160.1. Las modificaciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen con los siguientes requisitos y formalidades:

a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y iii) *que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.*

b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.

c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.

160.2. Cuando la modificación implique el incremento del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:

a) Certificación presupuestal; y

b) La aprobación por resolución del Titular de la Entidad.

160.3. Adicionalmente a los supuestos de modificación del contrato establecidos en el artículo 34 de la Ley, este puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la Entidad. Tales modificaciones no varían las condiciones que motivaron la selección del contratista.<sup>27</sup> (Cursivas nuestras)

<sup>26</sup> Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, 2019.

<sup>27</sup> Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, 2018.

## **6. La excesiva onerosidad de la prestación: la renegociación o la resolución del contrato. Conclusiones**

1. La aparición del COVID-19 como un virus que afecta a la población en el Perú y en el mundo ha generado respuestas a nivel del gobierno peruano, como el Decreto de Urgencia N° 040-2020-PCM, que norma el aislamiento social obligatorio. Desde esta perspectiva, la pandemia mundial del COVID-19 es un evento o acontecimiento extraordinario e imprevisible que ha traído como consecuencia acciones de los gobiernos, como el peruano, que generan grave impacto en lo económico, jurídico, político y social.
2. En el caso de los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, ante circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, se debe aplicar la figura de la excesiva onerosidad de la prestación regulada en los artículos 1440 al 1446 del Código Civil peruano.  
Consideramos que los contratos celebrados en el Perú, en este contexto de pandemia, que tengan las características mencionadas, deben ser pasibles de la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación y, por lo tanto, serán adecuados para recuperar el equilibrio contractual o finalmente podrán ser resueltos.
3. Consideramos importante tener una visión comparatística de la institución de la excesiva onerosidad de la prestación, que aborde la lectura y el estudio de los principales códigos europeos y del sistema del *common law*, así como de los proyectos de armonización y comunitarios del derecho continental. Esto no solamente con la intención de entender mejor la figura estudiando sus orígenes y evolución, sino evaluando qué regulaciones o proyectos de armonización se pueden adaptar mejor a la realidad peruana.
4. Se aprecia la trascendencia del derecho comparado para comprender, por ejemplo, la consolidación del parágrafo 313 del Código Civil alemán. La influencia no es solamente italiana, sino también el conocimiento del sistema anglosajón, y en particular la tesis de la *frustration of purpose*. La alteración de la base del negocio es la teoría que evidentemente se ha internalizado en el codificador alemán y la variación o cambio de las circunstancias permiten, a la parte afectada con esa alteración, solicitar la adecuación o la culminación del vínculo.
5. En América Latina, por ejemplo, apreciamos cómo el Código Civil argentino (2016) recoge la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, así como se refiere a la alteración del equilibrio contractual por el surgimiento de causas sobrevinientes a la celebración del contrato y que sean no imputables a las partes o cuyo riesgo no haya sido asumido por la parte perjudicada. En este caso la parte desfavorecida con la excesiva onerosidad puede, en primer lugar, plantear extrajudicialmente la resolución del contrato o su adecuación a las nuevas circunstancias. También establece la alternativa de plantear judicialmente esta resolución o adaptación a un nuevo equilibrio contractual. Esta pretensión judicial (o arbitral) puede ser pro-

puesta también como excepción. Lo novedoso, en el caso del Código argentino, es que incorpora al tercero que eventualmente podría resultar perjudicado con la excesiva onerosidad de la prestación. Este perjuicio puede originarse por derechos u obligaciones resultantes del contrato entre las partes y que recaen en la esfera patrimonial del tercero. De la misma manera, incorpora al contrato aleatorio como pasible de ser restituido al equilibrio, si las circunstancias nuevas exceden o desbordan el alea del contrato, perjudicando excesivamente a una de las partes.

6. El Código Civil peruano establece como remedio frente a la excesiva onerosidad de la prestación que el juez reduzca o aumente la contraprestación con el fin de que cese la excesiva onerosidad o, en todo caso, si lo solicita el demandado, el juez podrá resolver el contrato. Esta fórmula establece un mecanismo diferente al del Código Civil italiano (artículo 1467) que primero adopta el remedio de la resolución contractual por parte del juez y como alternativa posterior la adecuación o modificación del contrato, a solicitud del demandado, atendiendo al criterio de equidad. Estamos de acuerdo con la fórmula adoptada por el legislador peruano, con algunas precisiones que indicaremos más adelante.
7. En atención a la realidad pasada y a la vigente (inclusive en estos momentos están suspendidas las funciones del Poder Judicial), así como para facilitar el retorno de los contratos a la equidad, consideramos que se debe regular, en primer término, la figura de la renegociación del contrato de manera extrajudicial, para que las partes, en virtud de su autonomía privada, puedan adecuar el acuerdo a una ecuación que alcance la equidad y restablezca el equilibrio contractual, entendiendo al contrato como una operación económica. Tal conclusión obedece a la referencia del Proyecto UNIDROIT, que establece: «En caso de “excesiva onerosidad” (*bardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato.<sup>28</sup> Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa».
8. De no llegarse a un acuerdo en la renegociación extrajudicial, una de las partes podrá acudir al órgano judicial o arbitral para solicitar la adecuación del contrato por parte del juez, o, alternativamente, la resolución de este.
9. La actual situación, trágica para la humanidad, exige de parte del derecho que este, en su calidad de regulador de conductas sociales, tenga respuestas adecuadas frente al reto planteado. Considero que no son viables las propuestas que optan por la extirpación del código de figuras como la excesiva onerosidad de la prestación. Ahora más que nunca, el derecho debe irradiar su arista solidarística.

---

28 Se refiere a la renegociación extrajudicial.

## Referencias

- Bonilla-Aldana, D. Katterine *et al.* (2020). Una nueva zoonosis viral de preocupación global: COVID-9, enfermedad por coronavirus 209. *IATREA, Revista Médica Universidad de Antioquia*. Antioquia: Universidad de Antioquia – Facultad de Medicina. [Versión online]. <https://bit.ly/2VHZFa>.
- Cárdenas Quiroz, Carlos (2000). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra-Temis.
- Chamie, José (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado*, (4), pp.3-4.
- Chamie, José (2000). Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense. *Revista de Derecho Privado* (8).
- Cieza Mora, Jairo (2006). *Personas, negocio jurídico y responsabilidad civil*. Lima: Jurista Editores.
- Cieza Mora, Jairo (2008). La tutela resolutoria frente a la tutela resarcitoria. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.º 56, pp. 75-35.
- Cienfuegos Falcón, Mijail F. (2009). Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, críticas y expectativas desde el derecho comparado. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.º 72.
- Constanza, María (1989). *Profili dell'interpretazione del contratto secondo bona fide*. Milán.
- De la Puente y Lavalle, Manuel (2007). *El contrato en general*. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil, t. II. Lima: Palestra Editores.
- Espinoza Espinoza, Juan (2008). La doctrine of frustration. ¿Es posible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano? *Actualidad Civil*, N.º 49. Lima: Instituto Pacífico.
- Gabrielli, Enrico (2003). *Estudios sobre teoría general del contrato*. (Traducción de Rómulo Morales Hervias y Walter Vásquez Rebas). Lima: Jurista Editores.
- García Long, Sergio (2009). El cambio de circunstancias en el derecho de contratos: desequilibrio económico. Ponencia presentada en el Congreso Internacional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la PUCP.
- Harari, Yuval Noah (2020). Yuval Noah Harari: the world after coronavirus. *Financial Times* [versión online]. <https://bit.ly/3b5jrRs>
- Ninamancco Córdova, Fort (2020). El caso «Canal de Craponne» y el covid-9 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio). *LP Pasión por el Derecho*. [Versión online]. <https://bit.ly/2V8FQI>
- Palazón Garrido, María Luisa (2004). *Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado*. CIUDAD: Editorial Aranzadi.
- Santoró Passarelli, Francesco (1975). *La transazione*. (2.<sup>a</sup> edición). Nápoles.
- Tamani, Carlos (2005). Contrato, operación económica y equilibrio contractual. *Actualidad Civil*, volumen 2. Lima: Instituto Pacífico.

# **El impacto del COVID-19 en la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú**

*Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza*<sup>1</sup>  
Pontificia Universidad Católica del Perú

---

<sup>1</sup> Expresamos que el análisis que se realiza es de tipo reflexivo con relación al estudio de instituciones jurídicas con propósito exclusivamente académico.



## **1. Introducción**

El 15 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que declara estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del devastador brote del COVID-19. Esta norma dispuso el aislamiento social obligatorio por un plazo de 15 días —ampliado posteriormente hasta el 30 de junio de 2020— y, entre otras medidas, restringió diversas actividades económicas, permitiendo únicamente aquellas inherentes a las necesidades primarias.

Posteriormente se publicó el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, en virtud del cual se autorizó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva, en el marco del estado de emergencia nacional. La reactivación económica consta de cuatro fases para su implementación, con la circunstancia que hasta el momento se han dinamizado dos de ellas, relacionadas con minería e industria, construcción, transportes y comunicación, entre otras actividades.

Desde el 15 de marzo de 2020 se ejecutan diversos contratos en los que incide directa o indirectamente el aislamiento social obligatorio que impacta en sus efectos jurídicos, pues las partes afrontan riesgos no previstos al celebrar el contrato. En ese contexto, es legítimo cuestionarnos si es posible que ante dicha circunstancia se active algún remedio para salvaguardar el equilibrio negocial.

En ese sentido, en este trabajo abordaremos de forma breve el impacto del COVID-19 en la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación. El artículo se desarrolla en los siguientes subtemas: i) el contrato como instrumento de distribución de riesgos; ii) el COVID-19 y la alteración de las circunstancias; iii) la excesiva onerosidad de la prestación regulada en el Código Civil Peruano, y criterios para su aplicación; y, iv) conclusiones. En cada uno de estos acápite ensayamos un estudio doctrinario y adicionamos nuestro análisis crítico.

## **2. El contrato como instrumento de distribución de riesgos**

La autonomía contractual es la libertad para determinar el contenido del contrato y decidir los efectos jurídicos que las partes procuran producir. En efecto, se trata de establecer las reglas para la relación contractual, que tienen carácter obligatorio en

aplicación del principio de fuerza obligatoria del contrato regulado en el artículo 1361<sup>2</sup> del Código Civil. Este principio se erige como el fundamento de los remedios y de la responsabilidad contractual, en atención a que se puede exigir el cumplimiento forzoso o por equivalente, la resolución del contrato, la indemnización por daños y perjuicios, entre otros.

El carácter obligatorio determina la intangibilidad del contrato, es decir, la imposibilidad de modificar su contenido salvo sea por mutuo consenso o por causas establecidas por la ley; por ejemplo, la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación, como expondremos más adelante.

En esta línea de ideas, Marcel Fontaine (2013, p. 491) advierte que cuando las partes celebran un contrato se obligan mutuamente a crear una situación en la cual puedan legalmente confiar. De este modo, el principio de inviolabilidad de los contratos hace ejecutables las obligaciones; sin embargo, cada parte acepta estar obligada bajo las circunstancias que prevalecen al momento en que se celebra el contrato (*rebus sic stantibus*<sup>3</sup>), pero que pueden variar durante su ejecución.

Cabanellas (2001, p. 243) define el riesgo como una contingencia, probabilidad o proximidad de un daño. A través de un contrato, las partes se asignan diferentes tipos de riesgos —financieros, políticos, asociados a cambios de las leyes, ambientales, entre otros—, que deben ser identificados y jerarquizados para poder asignarlos, mitigarlos, compartirlos o trasladarlos; en definitiva, controlarlos.

En este escenario, es posible advertir que la autonomía contractual constituye un poder relativo, porque las partes no logran prever *a priori* todas las circunstancias o problemas que suscitarán en la relación contractual, razón por la cual normalmente se integra con las normas supletorias en aplicación al artículo 1356<sup>4</sup> del Código Civil. En otras palabras, si bien el contrato es un acto de previsión e instrumento de distribución de riesgos, la experiencia demuestra que las partes no alcanzan el grado suficiente de detalle en virtud del cual todas las contingencias han sido previstas y eficientemente asignadas, dado que existe una incapacidad natural de los contratantes para prever todas y cada una de las posibles situaciones en que puede encontrarse el contrato en el futuro. Semejante situación se observa también cuando existe un problema de paridad en el contrato, pues una de las partes tiene mayor poder de negociación que la otra.

De esta manera, puede suceder que en la ejecución del contrato surjan eventualidades que al momento de la celebración hayan sido imposibles de prever utilizando la diligencia ordinaria, tal como el impacto del COVID-19 en la legislación peruana.

---

2 «Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

3 Esta doctrina señala que existe una voluntad implícita de las partes en subordinar la continuación del contrato; siempre y cuando se mantenga el *statu quo*, «el contrato obliga mientras las cosas siguen así». Esta doctrina fue difundida por Kaufmann.

4 «Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».



### **3. El COVID-19 y la alteración de las circunstancias**

A nuestro juicio, el COVID-19 es una pandemia caracterizada como evento único en su especie, fuera de lo «normal», y ha motivado al Gobierno peruano a emitir el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que declara estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación. El aislamiento social obligatorio ha impactado en la ejecución de una serie de contratos, especialmente aquellos de tracto sucesivo, haciendo en algunos casos que la prestación pactada devenga de imposible cumplimiento temporal para unos, o de imposibilidad total para otros.

Así, la posibilidad inicial de la prestación constituye aquel programa que las partes establecen respecto al sucesivo comportamiento o quehacer de una de ellas o ambas; así también, como bien advierte Díez Picazo (2007), es un presupuesto de validez del negocio jurídico, en atención a que nadie puede quedar obligado a algo que es imposible de hacer (p. 650).

En efecto, si la imposibilidad perdura hasta cuando «*el deudor no pueda más ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tenga más interés en conseguirla*», entonces «la obligación se extingue» y, por tanto, por vía del sinalagma, «se resuelve el contrato». En otros escenarios, si bien la prestación no se vuelve imposible, su cumplimiento puede resultar excesivamente oneroso para alguna de las partes, porque este evento anormal ha alterado severamente la estructura de costos de la prestación o envilecido la contraprestación. En principio, las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

Piénsese en los casos en los cuales se vienen ejecutando contratos de locación de servicios y el locador adquiere la enfermedad del COVID-19. En tal situación, es factible que pueda seguir ejecutando la prestación, pero el costo de esta se elevará, en tanto su ejecución implicará un riesgo severo para su vida y su salud.<sup>5</sup> Otro supuesto que puede servir como ejemplo es el del contrato de suministro de mascarillas, en el cual el suministrante las adquiere a su vez de una empresa extranjera para luego revenderlas en el mercado peruano. Definitivamente, el alza en el precio de este producto impactará en la estructura de costos programados para la ejecución de los contratos ya celebrados, en caso no se haya abastecido adecuadamente.

### **4. La excesiva onerosidad de la prestación regulada en el Código Civil peruano y criterios para su aplicación**

En los escenarios que acabamos de describir someramente, cuando la prestación es posible de cumplir pero implica un coste elevado para el deudor, podemos preguntarnos válidamente si nuestro ordenamiento jurídico prevé algún remedio específico. La respuesta es positiva, pues el artículo 1440 del Código Civil regula la excesiva

---

<sup>5</sup> Es posible también utilizar el desistimiento por justo motivo regulado en el artículo 1769 del Código Civil.

onerosidad de la prestación en los siguientes términos:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

La excesiva onerosidad de la prestación tiene inspiración italiana.<sup>6</sup> Díez Picazo (2002) expresa que implica la resolución o la revisión de la relación contractual en los casos de una modificación sobrevenida imprevisible de circunstancias, que produzca como consecuencia una notoria alteración de la base en el negocio y una excesiva onerosidad. Exceptúa de este beneficio aquellos casos en que tales circunstancias y tal excesiva onerosidad sobrevengan después de encontrarse en mora. El profesor Enrico Gabrielli (2016, p. 131), comentando el artículo 1467 del Código Civil italiano, señala que debe realizarse un análisis de la prestación para que la parte afectada pueda accionar el remedio de la resolución o la reducción de la prestación. Expresa que la onerosidad debe ser examinada, por su exceso sobrevenido, con referencia a la prestación considerada en su objetividad y no con relación a la situación subjetiva en la cual se encuentra el deudor. En efecto, no se debe confundir la dificultad de cumplimiento con la excesiva onerosidad de la prestación. La mera dificultad afecta a la esfera subjetiva del deudor (capacidad patrimonial de cumplir), por lo que no tiene relevancia para el juicio sobre el costo de la prestación. La excesiva onerosidad debe afectar a un contrato que sea eficaz y al mismo tiempo la prestación pueda calificarse como excesivamente onerosa solamente en el caso de que esta se haya vuelto muy gravosa para el deudor a causa de la verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, pero no cuando, como consecuencia de la verificación de tales eventos, su ejecución sea susceptible de procurar al acreedor ventajas originariamente no esperadas por él.

Gabrielli (2016, p. 139) enseña que también es factible encontrarnos ante un escenario de envilecimiento de la contraprestación en los siguientes términos: «En todo caso, si bien la ley no lo menciona expresamente, vale la regla según la cual el envilecimiento sobrevenido de la contraprestación esperada por el acreedor que ya ha cumplido, es equiparado a la sobrevenida onerosidad de la prestación todavía no ejecutada por el deudor».

Con esta lógica, el acreedor podría utilizar el remedio de la resolución o de la reducción por el envilecimiento de la contraprestación y, así, salvaguardar el equilibrio de la prestación o la contraprestación debida, siempre teniendo como punto de refe-

---

<sup>6</sup> «Artículo 1467: Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere demandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto».

rencia el momento del pago.<sup>7</sup>Por su parte, Chamie Gandur (2013, p. 190) identifica como presupuestos para la aplicación de la excesiva onerosidad que: i) el evento no esté relacionado con circunstancias ordinarias o previsibles por las partes; ii) no se encuentre dentro del alea normal del contrato; iii) el contrato sea de ejecución continuada, periódica o diferida y que no se haya consumado. Para el citado autor, el fundamento de la excesiva onerosidad de la prestación es la equidad, pues se busca reconducir el equilibrio contractual a través de la cooperación y la solidaridad.

En esta línea de pensamiento, debemos indicar respecto a la circunstancia no prevista al momento de la celebración del contrato que constituye el impacto de la pandemia COVID-19 y la consecuente disposición del aislamiento social obligatorio, evento extraordinario en tanto está fuera del curso ordinario de las cosas y del riesgo normal de un contrato. Debe realizarse la evaluación del evento en función de su frecuencia, dimensión, intensidad, orden estadístico, incluyendo su impacto.

En este punto es importante referir que las partes, en aplicación de la autonomía contractual, pueden haber pactado en el contrato cláusulas de *hardship* que buscan organizar la revisión del contrato cuando las circunstancias cambiadas han alterado profundamente la economía incidente en el contrato. Normalmente se utilizan en los contratos internacionales o de gran importancia económica respecto a operaciones que deben ejecutarse en un largo período. En este tipo de cláusula se suele regular el cambio imprevisible de la circunstancia y sus consecuencias, el procedimiento para la revisión del contrato, entre otras disposiciones.

Por otra parte, cumple el requisito de ser imprevisible, en tanto no existe razón para creer que sobre la base de la normalidad el contratante haya tenido en cuenta la eventualidad de semejante fenómeno. En buena cuenta, con el propósito de resumir los requisitos para la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación respecto a la circunstancia ocasionada por el COVID-19 y el aislamiento social obligatorio, utilizamos la siguiente tabla.

**Tabla 1. Requisitos para analizar la excesiva onerosidad de la prestación**

Requisitos	Descripción
Evento	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Sobvenido a la celebración del contrato.</li> <li>2. Imprevisible.</li> <li>3. Extraordinario.</li> <li>4. No forma parte del alea normal del contrato.</li> </ol>
Modalidad de ejecución de la prestación	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Contrato de ejecución continuada.</li> <li>2. Contrato de ejecución periódica.</li> <li>3. Contrato de ejecución diferida.</li> </ol>

<sup>7</sup> Piénsese en los casos de la pérdida del poder adquisitivo como secuela de la devaluación monetaria.

Situación contractual	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Contrato eficaz.</li> <li>2. Contrato no consumado.</li> <li>3. Contrato conmutativo.</li> <li>4. No se encuentre en atraso imputable.</li> <li>5. Implique un agravamiento económico excesivo: análisis de la intensidad.</li> </ol>
-----------------------	---

Probablemente la parte más compleja para el juez o el árbitro sea analizar la alteración del equilibrio entre las prestaciones. Al respecto, Manuel García (2014, p. 213) advierte:

La excesiva onerosidad debe consistir en un aumento cuantitativo del coste de ejecución —sacrificio económico— por comparación al valor de la prestación correlativa, que además debe ser extraordinario. Según destacó la sentencia de la Corte di Cassazione núm. 1947 de 2003, el desequilibrio y la onerosidad excesiva pueden ocurrir bien por el aumento del coste de la prestación, bien por la devaluación de la prestación.

Consideremos que es importante, además de la observancia de los requisitos, que en el desequilibrio se evalúe el impacto del aumento del costo en la economía global del contrato; así como si su ejecución es susceptible de procurar al acreedor ventajas originariamente no esperadas. Debe precisarse cuál es la intensidad o el agravamiento económico excesivo; por ejemplo, podría examinarse en términos de la pérdida de la utilidad del deudor.

Desde nuestra óptica, al constituir un remedio de redistribución de riesgos, debería plantearse como primer mecanismo la reducción o aumento de la contraprestación, es decir, la adaptación del contrato de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa.

Mediante el nuevo modelo de litigación oral, existe una fase conciliatoria, en virtud de la cual el juez civil puede promover la opción de renegociar los términos para que las partes se distribuyan los costes de la manera más equitativa, buscando aplicar el principio de conservación del contrato. Solamente si ello no es posible, quedaría aplicar el remedio de resolución del contrato para liberar a las partes de sus obligaciones y restituirse las prestaciones.

Por último, es importante advertir que las partes no pueden suspender su prestación sino hasta que el juez emita una sentencia constitutiva con calidad de cosa juzgada en la cual aplique el remedio de resolución o reajuste. No obstante, es posible que obtenga tal suspensión con una medida cautelar.

## 6. Conclusiones

1. El contrato es un instrumento de distribución de riesgos. Sin embargo, la experiencia demuestra que las partes no alcanzan el grado suficiente de detalle en

virtud del cual todas las contingencias puedan ser previstas y eficientemente asignadas.

2. El COVID-19 es una pandemia caracterizada por ser un evento extraordinario e imprevisible, situación que ha impactado en el cumplimiento de las prestaciones de algunos contratos celebrados con antelación al 15 de marzo de 2020.
3. Los requisitos de la excesiva onerosidad de la prestación son: i) la existencia de un evento sobrevenido, imprevisible y extraordinario, que no forma parte del alea normal del contrato; ii) que se aplique para los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida; iii) que se aplique para los contratos conmutativos, eficaces y no consumados; y, iv) que la parte que pretende la aplicación del remedio no puede encontrarse en retraso imputable y debe probar la existencia del agravamiento económico excesivo.
4. En el análisis del desequilibrio contractual se debe examinar el impacto del agravamiento en la economía global del contrato, así como si su ejecución es susceptible de procurar al acreedor ventajas originariamente no esperadas.
5. Mediante el nuevo modelo de litigación oral, el juez civil puede motivar a las partes a renegociar los términos contractuales con el propósito que se distribuyan los riesgos de la manera más equitativa. En su defecto, se debe aplicar el remedio de resolución del contrato para liberar a las partes de sus obligaciones y restituirse las prestaciones.
6. Por último, es importante advertir que las partes no pueden suspender su prestación unilateralmente. No obstante, es posible que alguna de ellas obtenga tal suspensión con una medida cautelar.

## Referencias

Albuja, P. (2011). *La aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos*. (Tesis de abogado). Quito: Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia.

Benavides, E. (1990). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A.

Benítez, Juan (2010). *La revisión del contrato*. (2.<sup>a</sup> edición). Bogotá: Editorial Temis S.A.

Bianca, M. (2007). *Derecho civil, 3. El contrato*. (Fernando Hinestroza y Edgar Cortes, traductores). (1.<sup>a</sup> edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Brunner, C. (2009) *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International.

- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (26.ª edición). Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cano, J. (2009) *La equidad en el derecho privado: derecho y justicia*. Madrid: Bosch Editor.
- Chamie, J. (2013) *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*. Universidad Externado de Colombia.
- Díez-Picazo, Luis (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I: introducción a la teoría del contrato*. (6.ª edición). Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- Díez-Picazo, Luis & otros (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- Flume, W. (1998). *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Tomo segundo. (4.ª edición). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Fontaine, M., & De Ly, F. (2013). *La redacción de contratos internacionales: análisis de cláusulas*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- Gabrielli, E. (2016) *La contribución a la teoría de la imprevisión contractual*. Buenos Aires: Abeledoperrot.
- García, M. (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Gordillo, V., & Acuña, C. (2016) *Gestión avanzada de riesgos en los proyectos*. Lima: PM Certifica.
- Gutiérrez, W. (2007). *Código Civil comentado*. Tomo VII. *Contratos en general*. (2.ª edición). Lima: Gaceta Jurídica.
- Medicus, D. (1995). *Tratado de las relaciones obligatorias*. Madrid: Bosch.
- Morello, A., & Tróccoli, A. (1977). *La revisión del contrato: onerosidad sobrevenida, intereses, indexación*. Buenos Aires: Editora Platense S.R.L.
- Palmerini, E. (2011). *Commentario del Codice Civile, Dei Contratti in Generale, art. 1350-1386*. (1.ª edición). Roma: UTET Giuridica, Wolters Kluwer Italia S.R.L.
- Pino, A. (1959). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Pinto, S. (s. f.). El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual. En *I Jornada Franco-Venezolanas de Derecho Civil «Nuevas tendencias en el Derecho Privado y reforma del Código Civil Francés»*.
- Revoredo, D. (2015). *Código Civil: exposición de motivos y comentarios*. (2.ª edición). Lima: Thomson Reuters.
- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. (Fernando Hinestrosa, traductor). Universidad Externado de Colombia, Grupo Editorial 87.
- Tinti, F. (2016). *La convenienza económica nel contratto*. Torino: G. Giappichelli.

**Frustración del cumplimiento contractual por  
evento extraordinario:  
una construcción desde el Civil Law**

*Guillermo Andrés Chang Hernández*  
Instituto Peruano de Derecho Civil





## **1. Precisiones preliminares**

Desde la aparición del nuevo coronavirus, su declaración como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) hasta la orden de aislamiento social obligatorio dispuesta por el Gobierno peruano, mediante DS N° 044-2020-PCM, se ha generado una serie de situaciones de hecho y jurídicas que repercuten en diversas instituciones jurídicas; entre ellas, la más recurrente, el contrato.

Dicha situación ha provocado que la academia nacional y extranjera se ocupe del tema, tratando de exponer si el supuesto generado encuentra regulación en los ordenamientos jurídicos nacionales y su correspondiente consecuencia. Así mismo, se ha encargado de exponer, en su caso, las soluciones doctrinarias sobre el particular.

Se han detectado también sendas críticas a ciertas construcciones legales basadas en interpretaciones de normas y principios con la finalidad de dar una solución a esta coyuntura excepcional en el mundo del derecho, lo que ha sido severamente criticado por un sector de la academia nacional.

Por nuestra parte, creemos que las instituciones jurídicas deben aplicarse y generar los efectos que su propia naturaleza amerita, no obstante lo cual es cierto también que aquellas se deben a la realidad social y no al revés, esto es, los hechos a las instituciones jurídicas, con lo cual, y respetando la rigurosidad de las construcciones dogmáticas e históricas, no soy escéptico respecto de que estas puedan, dentro de su elasticidad, adaptarse y conjugarse para dar respuesta a la realidad, que siempre va más rápido que el derecho.

En ese contexto, y en relación con la situación de emergencia generada tanto por la pandemia como por los diversos actos de gobierno, lo cual en el caso de los contratos ha generado incumplimiento o imposibilidad en su ejecución, trataremos también de esbozar una posición legal desde el derecho peruano con el apoyo de la doctrina y principios generales del derecho (muchos de ellos recogidos en la ley) para dar respuesta a esta coyuntura.

## **2. Sobre los actos impeditivos del cumplimiento**

Como es conocido, el Gobierno peruano declaró la emergencia sanitaria en el país mediante DS N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, y el aislamiento

social obligatorio decretado por DS N° 044-2020-PCM, del 15 de marzo de 2020.

A nuestro entender, para efectos jurídicos, es el DS N° 044-2020-PCM el que guarda mayor relevancia, pues es a partir de dicha norma que se causa el incumplimiento, ya que —creemos— el impedir a los ciudadanos salir a transitar y hacer sus actividades de forma normal da pie a la causa del incumplimiento contractual, tal como expondremos más adelante.

En efecto, debemos tener en cuenta que el incumplimiento contractual se ha generado, en muchos casos, por la imposibilidad de la prestación, como es el caso del pintor que no pudo ir a pintar la casa por la inmovilidad social decretada, el deudor que no puede cumplir con el pago de la cuota del préstamo bancario al no tener, a su vez, los ingresos previstos previamente para ello. Se habla también de la imposibilidad del uso del bien o del aprovechamiento del fin económico del contrato de arrendamiento (esto fundamentalmente en los inmuebles destinados a una actividad comercial específica), o simplemente del arrendatario de la casa-habitación que no pudo salir a trabajar para obtener recursos y pagar la renta.

Estas situaciones generan que se repiensen las soluciones legales preestablecidas frente al incumplimiento del contrato, fundamentalmente en los casos en los que tal incumplimiento es uno no imputable. A pesar de que, estrictamente, esta figura ya encuentra una solución: conforme al Código Civil (artículos 1315 y 1316), ello es necesario, principalmente, porque tales soluciones legales no corresponden estrictamente a las situaciones de hecho generadas por el COVID-19, lo que ha sido la razón fundamental para que diversos autores echen mano de una aptitud creativa e interpretativa para que, con base en la conjugación de diversas instituciones legales, traten de dar una respuesta justa y equitativa.

Como se ha anotado, esta aptitud creadora ha sido cuestionada por autorizadas voces, en el sentido de que en pos de una solución a esta situación no se pueden desnaturalizar las instituciones o crear derecho desde posiciones doctrinarias foráneas o locales, incluso, a veces, mal entendidas. Si bien es cierto comparto en parte tal posición, creo, por otro lado, que las instituciones jurídicas se deben al fin superior del sistema jurídico social, esto es, procurar la convivencia social ajena a conductas arbitrarias. En los casos como el presente, en los que de forma inesperada se genera un desequilibrio o se alteran las circunstancias normalmente esperadas por los sujetos e incluso por el derecho, se deben utilizar los principios para alcanzar tales fines; claro está, buscando en la medida de lo posible respetar los alcances y naturaleza de las instituciones jurídicas.

En consecuencia, debemos recordar que el caso fortuito y la fuerza mayor son eventos cuya naturaleza debe ser extraordinaria, imprevisible e irresistible. Son ellos los que deben ser la causa del incumplimiento de la obligación. En este caso, conforme lo refiere el artículo 1315 del Código Civil peruano, sería una causa no imputable y, por ende, exime de responsabilidad a la parte que incumplió.

En efecto, el artículo 1315 del Código Civil peruano establece: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». De esta norma claramente se deduce que, conceptualmente, no distingue ambos términos e incluso les otorga la misma

consecuencia jurídica. Esta posición de la norma sustantiva también la advierte el destacado jurista nacional Felipe Osterling (2008, p. 827), quien señala sobre el tema: «En el Código civil de 1984, como se observa del artículo 1315 [...], se emplean con equivalencia absoluta las expresiones caso fortuito y fuerza mayor». Sin embargo, bien es conocido que, en doctrina, sí se ha advertido su diferencia. Así, el mismo Osterling Parodi (2008, p. 827) anota: «Este último sector doctrinal estima que la diferencia se encuentra en la importancia del acontecimiento, siendo de fuerza mayor los hechos más importantes y casos fortuitos los menos importantes».

En consecuencia, toda vez que para el Código peruano caso fortuito y fuerza mayor generan la misma consecuencia, no ahondaremos en su distinción doctrinal.

Sin embargo, lo que sí resulta necesario destacar son las condiciones que deben poseer tales eventos para que sean calificados ya sea como caso fortuito o fuerza mayor; esto es, a decir del ya mencionado artículo 1315 del Código Civil: la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad, pues finalmente estos son determinantes para calificar al acto como fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que la ausencia de uno de ellos hace desaparecer tal condición.

### **3. Frustración de la ejecución contractual: una construcción desde el sistema romano-germano**

Abordaremos, por ello, el tema entendiendo que esta situación es inesperada y que ha generado una variación en las circunstancias existentes al momento de celebración y las existentes al momento de la ejecución del contrato, por causas ajenas, incluso, a los riesgos ordinarios o a situaciones fácticas también extraordinarias, imprevisibles e irresistibles que afectan directamente el normal proceder de las partes en el cumplimiento de su prestación.

En consecuencia, trataremos de dar una respuesta a dicha situación, toda vez que es evidente que ello ha generado una imposibilidad de cumplimiento, lo que, primariamente, llamamos frustración del cumplimiento contractual, término que merece una explicación.

Así mismo, reiteramos la atingencia de que al término «frustración» aquí usado no le otorgamos los alcances de su símil «frustration» del derecho inglés. Frustración, para el *Diccionario de la lengua española*, en su única acepción, es «Acción y efecto de frustrar», mientras que frustrar para la misma, en su tercera acepción, es «Dejar sin efecto un propósito contra la intención de quien procura realizarlo». Es a partir de esta noción que sustentaremos la utilización del término «frustración».

Para nosotros, hablar de frustración contractual es hablar de la posibilidad de que los efectos regulares de un contrato se vean frustrados por situaciones anormales a su desarrollo ordinario, lo cual, evidentemente, causa insatisfacción a ambas partes de la relación contractual. En efecto, nótese que, por ejemplo, en el caso del incumplimiento imputable también hay insatisfacción del acreedor, pero no podríamos hablar de frustración contractual. Nos explicamos.

En el caso del incumplimiento imputable, o incluso en el cumplimiento, igual el contrato desarrolla sus efectos normales. En el primer caso, la resolución (artículo

1428 del CC) y, de corresponder, el resarcimiento debido; mientras que, en el segundo, la extinción de la obligación por cumplimiento de la obligación (artículo 1220 del CC). Como vemos, en ambos supuestos el contrato no se frustra sino que, por el contrario, surte los efectos esperados por las partes y conforme lo avizora el propio ordenamiento jurídico.

Utilizamos el término frustración por su generalidad en nuestra lengua y a pesar de su difundido alcance y fundamento otorgado en el derecho inglés, pues creemos que los alcances que se le otorgan en la lengua de Shakespeare no necesariamente deben ser los mismos que en los de la lengua de Cervantes.

En efecto, entendemos que el término castellano «frustración» resulta descriptivo para el caso generado por el COVID-19, ya que ha dado cabida a que los efectos del contrato, queridos por las partes, se vean impedidos o frustrados en su ejecución esperada, situación provocada no solo por una causa ajena a las partes sino por una además *sui generis*, que podría tolerar el *ius variandi* contractual (excesiva onerosidad, resolución, etcétera).

Cabe recordar, sin embargo, y con la finalidad de reconocer las distinciones antes aludidas, que la figura de la frustración contractual ve la luz en el derecho anglosajón, propiamente en Inglaterra (caso *Paradine v. Jane*, 1647).

Reconocemos así mismo que tal término resulta un tanto impropio si nos ceñimos a su antecedente anglosajón, pero, a la vez, reconocemos también que resulta ilustrativo, para lo que queremos exponer, de la misma forma como opina el español Sixto Sánchez (2005, p. 1), que sostiene:

Tratar de englobar estos supuestos en el término «frustración» no obedece a criterio científico alguno, pues ni siquiera pretende incorporar un anglicismo (*frustration of contract*), sino más bien emplear un término conscientemente ambiguo y sin perfiles jurídicos en el Derecho contractual en lengua hispana, pero que resulta en cierto modo gráfico y omnicompreensivo.

Sin embargo, también debemos admitir que el término es ilustrativo para hablar de revisión de los alcances contractuales, incluso en contra de la voluntad de una de las partes, situación en evidente contradicción al *pacta sunt servanda*, pero justa y razonable en algunos casos.

La posibilidad de revisar, en ciertas ocasiones, los alcances del contrato, no es ajena al desarrollo de la institución contractual. Así, el profesor italiano Vincenzo Roppo (2009, p. 519) advierte:

Conviene distinguir. Según las cosas, el *ius variandi* puede ser instrumento de arbitrio y prevaricación de un contratante sobre el otro. Pero puede ser también mecanismo para ajustar en modo eficiente, razonable, equilibrado<sup>1</sup> los intereses de las partes; y marcadamente el interés de la parte que en apariencia lo padece.

---

1 Creemos que debe decir «equilibrando».

Utilizamos también el término «frustración» pues se diferencia de los otros remedios contractuales frente al incumplimiento dentro de los términos que regula la ley que, como hemos dicho, han sido desbordados por los eventos del COVID-19.

Así mismo, a efectos de sustentar la viabilidad de esta figura, que permita al menos revisar los alcances del cumplimiento contractual, se tiene que siempre ha sido materia de estudio por la doctrina la posibilidad de la «revisión contractual», «la teoría de la imprevisión», «*ius variandi*» o la teoría de «base del negocio». Y es precisamente esta última teoría de origen alemán la que nos ayuda como sustento para alegar una frustración contractual en el ámbito del *civil law*.

La teoría de la base del negocio encuentra su germen inicial en la teoría de Windscheid de la presuposición. Luis Díez Picazo (1996, T-II, p. 981), sobre este aspecto, nos dice:

La presuposición la definía Windscheid como una «limitación de la voluntad», establecida en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal manera que hace que la declaración de voluntad negocial solo tenga validez para el caso que el declarante considera como cierto y que, por tanto, no puso como condición en sentido técnico, de que exista o persista una determinada circunstancia. En la concepción de Windscheid, la presuposición es una condición no desenvuelta (por ejemplo, una enajenación se realiza en cumplimiento de un mandato testamentario, que *presupone* válido).

Esta teoría encontró críticas, como la de Lenel, lo cual invitó a la doctrina alemana a su reformulación. Así aparece la teoría de Oertmann, la cual constituye el nacimiento de la «teoría de la base del negocio». Nos explica el español Díez Picazo (1996, T-II, p. 892) que:

Oertmann llama «base del negocio» a aquella representación mental de una de las partes, que es conocida y no realizada en su totalidad por la otra parte o a la común representación de las diversas partes, sobre la existencia o sobre la aparición de ciertas circunstancias en las que se basa la voluntad negocial, de tal manera que si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su desaparición, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato.

Más adelante, y conscientes de que las representaciones mentales a que se refería Oertmann mantenían una marcada orientación subjetivista, la doctrina teutona siguió explorando. Así, Locher agrega, a decir de Díez Picazo (1996):

La base del negocio está constituida no por representaciones mentales de las partes, como propugnaba Oertmann, sino por aquellas circunstancias de hecho objetivamente necesarias para que pueda alcanzarse la «finalidad del contrato», finalidad determinada por las propias partes en el contrato o puesta de relieve mediante la conducta desarrollada en su ejecución. La resolución está pues justificada cuando existen o aparecen nuevas circunstancias que impiden que mediante el negocio se pueda alcanzar la finalidad que las partes perseguían.

Como apreciamos, la teoría de la base del negocio se va encuadrando en la posibilidad objetiva y razonable de ejercer la facultad de revisar los efectos del contrato ante determinadas circunstancias.

Sin embargo, esta posibilidad la veremos más diáfana con la construcción final de esta teoría esbozada por Larenz, que —nuevamente— Díez Picazo (1996) resume en lo siguiente:

La transformación de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato solo puede considerarse como desaparición de la base del negocio en los dos casos siguientes: a). Si ambas partes contratantes han celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por ellas (base del negocio subjetiva); y, b) si la subsistencia de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato es necesaria objetivamente para que el contrato pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses dotada de sentido (base del negocio objetiva).

Como vemos, esta teoría avala la posibilidad de una revisión de la ejecución contractual a la luz de la desaparición de la base del negocio del contrato, en los casos planteados, por ejemplo, de préstamos de mutuo o arrendamiento de locales comerciales especialmente, pues es evidente que el deudor ha visto una variación de las circunstancias existentes al momento de conclusión del contrato y al momento de la ejecución de su prestación (ejecución contractual). Creemos que ella reúne las condiciones exigidas por dicha teoría. En relación con la presencia de una variación de la base del negocio subjetiva, sí se presenta, por cuanto los contratantes valoraron la situación de hecho que sirvió para celebrar el contrato. Por ejemplo, este requisito se presenta claramente en los casos de los mutuos bancarios, en los que el acreedor previo al otorgamiento del crédito evaluó la situación de hecho del deudor (capacidad de pago), al momento de la celebración del contrato, pues esta circunstancia incluso es valorada para decidir el otorgamiento del crédito; circunstancias que, a decir del deudor, evidentemente, al alegar la revisión del contrato por este evento, han variado y por ende se amerita la revisión. Así mismo, también se presenta en los arrendamientos de locales comerciales, pues las partes evalúan, fundamentalmente, la ubicación y frecuencia de tránsito de personas como criterios para pactar la renta. Por otro lado, en relación con el cumplimiento de la variación de la base objetiva del contrato, también —creemos— en ambos casos se presenta, pues la permanencia de las condiciones existentes a la celebración del contrato, para que el deudor cumpla con su prestación, es objetivamente necesaria, más allá de si el deudor podía obtener otras fuentes o forma de equiparar las condiciones y cumplir con su prestación.

Con base en lo expuesto, resulta necesario, tal como lo exponemos más adelante, interrelacionar la figura de la desaparición de la base del negocio del contrato con las especiales circunstancias en las que se encuentre el deudor.

Finalmente, en esta parte es oportuno precisar que la posibilidad de revisar los alcances de la ejecución contractual ha sido recogida en algunos proyectos normativos de relevancia a nivel europeo. Así, los Principios Europeos de los Contratos,

elaborados por la comisión presidida, inicialmente, por el profesor de Copenhague Ole Lando, lo regula en el numeral (2) del artículo 4:109 y señala:

Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta.

(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual. (3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.

#### **4. Invocación de una revisión judicial por parte del deudor sustentándose en la frustración contractual desde el *civil law* y una construcción legal**

Como se ha dicho, los efectos del COVID-19 se han presentado generalmente en los contratos de prestaciones recíprocas o correspectivas, que son aquellos en donde ambas partes del contrato tienen prestaciones a su cargo.

En este tipo de contratos, afirma Max Arias-Schreiber (2011, T-I, p. 52): «[...] a su vez cada una de las partes está sujeta al juego de la prestación y contraprestación y parte y contraparte son, una respecto de la otra y recíprocamente, deudor y acreedor».

En tal sentido, es en este tipo de contratos que los efectos del aislamiento social decretados por ley han generado mayores problemas, pues lógicamente han impedido que una de las partes pueda cumplir su prestación o la otra su contraprestación o, en su caso, las convierte en desproporcional en razón a lo pactado inicialmente en el contrato; por ende, hoy requieren ser atendidos a la luz de la emergencia decretada.

De acuerdo con lo anotado, hemos tomado como muestra los contratos de prestaciones recíprocas de mutuo bancario y arrendamiento de bienes comerciales.

La solución que abordamos se puede invocar en aquellos contratos sujetos a las disposiciones del Código Civil, pues, más allá de lo que las partes hayan podido pactar, sabemos que supletoriamente se aplica el CC, ya que su artículo 1356 prescribe: «Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas», excluyéndose de esta solución, también, aquellos contratos bancarios que regulan expresamente algo distinto a lo que regula el Código.

En tal sentido, es en los contratos de prestaciones recíprocas donde se ha generado mayor controversia, por su incumplimiento; es decir, aquellos contratos que implican que ambas partes de la relación contractual tengan prestaciones a su cargo y, como tal, cabe la posibilidad de que el deudor incumpla su prestación, ya sea por causa imputable (dolo o culpa, según nuestro CC) o por causa no imputable (fuerza mayor o caso fortuito).

Es evidente que un contrato, como vínculo jurídico, legítima y legalmente celebrado, no puede incumplirse de forma arbitraria y que ello incluso cause daño a la otra parte contractual.



Por ello, el artículo 1428 del Código Civil señala: «En los contratos con prestaciones recíprocas, 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».

En nuestro caso, decretada la emergencia y el aislamiento social, el incumplimiento del pago de un crédito o de la renta podríamos reputarlo como un hecho no imputable siempre que podamos vincular o sustentar que el elemento objeto de la imposibilidad sin causa (caso fortuito o fuerza mayor) determine el incumplimiento en cada caso en especial.

En efecto, ya se sabe que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, a tenor del artículo 1315 del Código Civil, son supuestos de justificación del incumplimiento, que lo hacen no imputable. Así, dicha norma señala: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». Ello, obviamente, bajo la lectura del artículo 1314 de la norma sustantiva, que señala: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Ahora, a raíz de la emergencia sanitaria y el aislamiento social dictado, se hace imposible que el deudor cumpla con la prestación pactada al menos durante el período que dure el aislamiento dictado.

Nótese que nosotros no tomamos en puridad la emergencia sanitaria como el evento causante del incumplimiento, sino específicamente el aislamiento social dictado por el DS 044-2020-PCM, ya que dicho mandato impide la circulación de algunas personas para desarrollar sus actividades cotidianas y productivas normales. Por ello, nos preguntamos: el aislamiento social decretado ¿es mérito para justificar un incumplimiento del pago?

A esta altura del trabajo, podemos afirmar, como es razonable, que esta es una situación *sui generis* y, más aún, distinta a los usuales supuestos de caso fortuito o fuerza mayor invocados regularmente (guerras, inundaciones, inflaciones, precio de *commodities*, etcétera), pues hoy la causa ha sido una pandemia generada por un virus hasta hace poco desconocido.

Con esto, habiendo celebrado contrato de préstamo bancario, a la luz, además, del artículo 1354 del Código Civil, que sentencia: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo»; y el artículo 1356 de la misma norma que expresa: «Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas», se tiene que las partes se someten a lo que señale su contrato específico. No obstante, hemos analizado algunos otros contratos que existen en el mercado bancario peruano y la gran mayoría no impiden la aplicación supletoria del Código Civil, por lo que trataremos de dar una respuesta desde los alcances del Código sustantivo. (Ni qué decir de los contratos eminentemente civiles, como los de arrendamiento.)

Así, la emergencia y aislamiento decretado desde el 15 de marzo y hasta el 30 de junio (hasta la fecha de elaboración del este trabajo no se sabe si se prorrogará



dicho plazo), mediante DS N° 044-2020-PCM, ha hecho imposible por ejemplo que en un contrato de préstamo de dinero celebrado hace dos años pueda pagarse una o algunas de las cuotas cuyo vencimiento coincida con el período de emergencia, pues el deudor, debido al aislamiento generado, se ha visto impedido de circular para desarrollar su actividad y la generación de riquezas que le den la posibilidad para obtener ingresos, también ha sido alterada negativamente. De igual forma se puede sustentar en el caso de arrendamiento de establecimiento comercial, en donde la base para pactar la renta fue, por ejemplo, la zona y cantidad de personas en circulación por dicho lugar.

Esta situación extraordinaria, siempre que reúna las condiciones del artículo 1315 del Código, podría ser alegada como eximente de responsabilidad (causa objetiva, que solo implica la concurrencia de las condiciones exigidas por Ley), debe correlacionarse con cada caso en particular que permita establecer de forma objetiva la relevancia del evento extraordinario para generar la imposibilidad del cumplimiento.

Los eximentes de responsabilidad por el incumplimiento —como se ha dicho— los encontramos en el artículo 1316 del Código, el cual regula la figura de la extinción de la obligación o la suspensión de la prestación por causa no imputable a las partes. El primer caso se presenta cuando la causa que impide el cumplimiento es permanente o hace inservible el cumplimiento para los intereses del acreedor; mientras que el segundo caso se presenta cuando la imposibilidad es temporal.

En el caso planteado, creemos que la emergencia y posterior aislamiento como causa no imputable de incumplimiento no es —*per se*— suficiente para invocar incumplimiento no imputable ya sea por caso fortuito (pandemia) o fuerza mayor (disposición legal de aislamiento).

En efecto, si bien tanto la fuerza mayor como el caso fortuito son considerados como causas no imputables, estas deben ser analizadas puntualmente, pues en los contratos de préstamo bancario la condición normal que debe ser analizada en estricto para considerar normal el desarrollo de ejecución contractual es simplemente el transcurso del tiempo para la devolución total o en armadas del dinero prestado o la alteración del valor de las prestaciones (inflación, por ejemplo), que convertiría en desproporcional cualquiera de las prestaciones ya pactadas. Sin embargo, el caso planteado resulta especial, pues regularmente las partes no pactan condición alguna para la devolución del dinero, sino solo el transcurso del tiempo, pues el deudor debe devolver el dinero, en el plazo pactado, sin ser inicialmente relevante el desplazamiento de esfuerzo alguno para la obtención de los recursos económicos para hacerlo. En efecto, el deudor podría, por ejemplo, trabajar para obtener recursos y pagar el crédito; puede, por el contrario, con el dinero obtenido del crédito, apostar a los caballos o esperar una herencia. Ello en puridad no le es relevante al acreedor, sino únicamente le importa la devolución de su dinero. Una similar lógica se podría alegar por parte del acreedor en los casos del arrendamiento comercial.

Sin embargo, los usos y costumbres (que también son fuente supletoria del derecho, más aún en temas comerciales), informan que usualmente quien solicita un préstamo lo hace considerando contar con las condiciones de devolver el dinero (sea con su trabajo o producto de un negocio o inversión), lo cual incluso es evaluado por la entidad bancaria para aprobar el crédito, situación que constituye un

uso bancario, lo cual debe ser tenido en cuenta a la sazón del artículo 2 del Código de Comercio que refiere: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común». En tal sentido, si esa lógica de obtención de recursos para el pago del crédito y transcurso del tiempo es alterada ya sea por un caso fortuito o fuerza mayor, debe ser considerada por las partes en la ejecución contractual. Sin embargo, debemos reconocer que no existe una disposición legal expresa que habilite este proceder, por lo que es preciso verificar si existe otro camino legal que decante tal interpretación. Uso y costumbre que recibe acogida, a su manera, en los contratos de bienes comerciales, pues — como se ha dicho— la ubicación y frecuencia de personas circulando son relevantes para pactar la renta.

En ese sentido, creemos que esto debe hacerse sobre la base de una interpretación polivalente del principio de buena fe, que debe proteger tanto el interés del acreedor como el del deudor, máxime si la imposibilidad de cumplir se presenta en etapa de ejecución contractual, etapa en la cual aún se admite la invocación de la buena fe como criterio de ejecución; ello a tenor de lo que señala el artículo 1362 del Código Civil: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

La buena fe, recordemos, es el actuar leal, es el comportamiento honesto que no está delimitado por obligaciones legales o contractuales sino más bien por parámetros de cooperación —o, si se quiere, morales— que contribuyan a la satisfacción común de los intereses de las partes, así como a la equidad, justicia o paridad que los contratantes estimaban normales o propias del contrato.

Las bases doctrinarias aquí esbozadas podrían servir para sustentar una postura que oriente a la renegociación de los efectos o, en su caso, a una revisión por parte del juez. Empero, a la luz de que en nuestro sistema no existe norma expresa que lo avale, sí podría invocarse desde la aplicación del principio de la buena fe y de la proscripción del ejercicio abusivo del derecho que sí encuentran sustento normativo, la primera en el artículo 1362 y la segunda en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

En consecuencia, sobre la base del principio de la buena fe, sería admisible solicitar al acreedor un refinanciamiento o aplazamiento del cumplimiento de la cuota que se venza dentro del período de emergencia, toda vez que la situación normal de desarrollo contractual ha sido alterada, por las razones ya expuestas y, obviamente, la buena fe exige al banco-creedor valorar esta situación extraordinaria. En tal sentido, no vemos inconveniente para que, en caso el banco o acreedor se resista a ampliar el plazo solicitado, demandar lo propio ante la autoridad judicial y allí obtener una interpretación en vía de ejecución contractual justa con base en principio de la buena fe contractual.

Así mismo, se puede invocar el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que refiere: «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

En tal sentido, se tiene que la Ley repele el ejercicio abusivo de derechos, siendo ello así a pesar de que el acreedor tendría el derecho de accionar frente al incumplimiento con los mecanismos de tutela que la propia Ley le ampara, para exigir el cumplimiento del contrato conforme a lo pactado inicialmente. Este derecho debe ser interpretado a la luz de los nuevos acontecimientos y del cortapisa contenido tanto en el citado artículo II del Título Preliminar como en el artículo 1362 del Código Civil, por lo que se exige una conducta flexible y razonada del acreedor antes de accionar vía tutela en defensa de sus derechos que le reconoce la Ley y el contrato.

## 6. Palabras finales

Creemos que arribar a una solución como alternativa a la excesiva onerosidad de la prestación (EOP), que también podría invocarse, es —a nuestro juicio— lo recomendable, pues en relación con la EOP, tenemos nuestros reparos, por cuanto la subsunción del supuesto de hecho generado por el COVID-19 no encaja claramente en el supuesto contenido en dicha figura contractual. En el caso peruano, el artículo 1440 del Código Civil precisa: «En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, *si la prestación* llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad» (cursivas nuestras).

Se aprecia, entonces, que dicha norma, para habilitar la EOP, exige que la prestación se haga excesivamente onerosa; sin embargo, en los casos que se presentan por la emergencia decretada, no es que la prestación se haya hecho más onerosa, sino que han variado las circunstancias normales de vida social del deudor que repercuten en su actividad productiva económicamente hablando y no solo del deudor sino del entorno social en general (salvo aquellos casos donde este entorno no se ve alterado, ídem comercio de productos básicos, farmacias, etcétera), lo que ha generado que el deudor haya sufrido una alteración del desarrollo normal de sus días y por ende de su capacidad productiva, que le hace imposible el cumplimiento.

Por ello, y por las razones ya desarrolladas, nos decantamos por una construcción basada en la buena fe y la proscripción del ejercicio abusivo del derecho de una revisión por frustración del contrato (conforme a la noción construida), pues una circunstancia inusual, no imputable a las partes y de verdad extraordinaria, merece una respuesta también inusual, extraordinaria y solidaria del derecho.

## Referencias

Arias-Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. (2.<sup>a</sup> edición). Lima: Normas Legales.

Díez Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (5.<sup>a</sup> edición). Madrid: Civitas.

Osterling Parodi, F. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. (1.<sup>a</sup> edición). Lima: Palestra.

Roppo, V. (2009). *El contrato*. (1.<sup>a</sup> edición). Lima: Gaceta Jurídica.

Sánchez Lorenzo, S. (2005). La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Recuperado de: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/7501/FRUSTRACION%20DEL%20CONTRATO.pdf;jsessionid=7F7A639AAA6D60A7A648E9CF1A313C2E?sequence=1>

# **Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato**

*Hugo Forno Odría*

Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

No cabe duda de que la actual pandemia del COVID-19 ha generado situaciones en las que se han requerido respuestas del ordenamiento jurídico. Lamentablemente, esta situación de crisis ha demostrado que, en algunos casos, nuestro ordenamiento jurídico no tiene las respuestas que el mercado está necesitando para generar soluciones eficientes. Ese es el caso de la institución objeto de este trabajo.

Recientemente me ha tocado participar en dos casos que ponen esto en evidencia.

Una empresa arrendataria de oficinas nos consultó si su imposibilidad de usar las oficinas a causa del estado de emergencia declarado por el Gobierno permitía una suspensión de la renta mientras durara la imposibilidad. Entendían que ello era así ya que la imposibilidad había sido generada por un caso fortuito como el descrito en el artículo 1315 del Código Civil y que su interés estaba causalizado en el contrato de arrendamiento; no quedaba duda en el programa contractual de que el inmueble se arrendaba para usarlo como oficinas.

En otro caso, esta vez fue una empresa inmobiliaria, arrendadora de unos estacionamientos, quien nos comentó que su arrendataria había solicitado una suspensión del pago de la renta, ya que el estado de emergencia hacía imposible que usaran los estacionamientos. Los fundamentos eran los mismos: la imposibilidad se debía a caso fortuito y el interés había sido causalizado.

Lo curioso es que en ambos casos los arrendatarios entendían no solo que lo justo era la suspensión de la renta, sino que estaban seguros de que esa era una respuesta que ya se encontraba contemplada en nuestro ordenamiento.

Coincido con lo primero. Para los arrendatarios, el que no pudieran ejercer su derecho de uso era motivo legítimo para que se produjera una alteración en el contrato (en este caso, coincidían en que correspondía la suspensión del pago de la renta). Si bien los arrendadores cumplían cabalmente con su prestación —pues permitían el uso de los arrendatarios—, lo cierto es que estos no podían usar. El cambio de circunstancias producto del estado de emergencia generó que la prestación no sea idónea para satisfacer el interés de los arrendatarios, que evidentemente consistía en usar los inmuebles. Esta impotencia de los acreedores para ejercer el derecho, siéndoles absolutamente inútil la prestación y, en definitiva, el contrato, me lleva a pensar que esta situación merece una respuesta del ordenamiento.

La institución que típicamente enfrenta este problema es la frustración del fin del contrato, la cual, en aquellas jurisdicciones que la aplican, genera la ineficacia del contrato cuando al acreedor no le sea útil la prestación a causa de una alteración de las circunstancias por causa no imputable.

A diferencia de instituciones diseñadas para hacer frente a problemas vinculados a la alteración de circunstancias, como la imposibilidad por caso fortuito y la excesiva onerosidad de la prestación, la frustración del fin del contrato no goza de tanta popularidad. Como señala Jorge Mosset (1991), la frustración del fin del contrato despierta una fuerte oposición, principalmente por contraponerse —al menos aparentemente— al *pacta sunt servanda*. Pese a ello, estoy convencido de que los problemas que le generan oposición son más aparentes que reales y de que su regulación es absolutamente necesaria, como lamentablemente demuestra nuestra coyuntura actual.

El propósito de este trabajo es explicar las distintas aristas de la doctrina de la frustración del fin del contrato. Cabe señalar que no existe una postura mayoritaria con respecto a la frustración del fin del contrato y sus efectos, por lo cual, en la segunda sección, repaso las principales teorías que se han desarrollado en la materia. A partir de allí, la metodología adoptada para la segunda sección ha consistido en efectuar un análisis de la problemática para derivar conclusiones sobre sus diversas aristas. Luego, en la tercera sección, analizo los efectos que corresponden a la institución, según la problemática analizada. Finalmente, en la cuarta, expongo las conclusiones del trabajo y las contrasto con la propuesta de regulación contenida en el más reciente Anteproyecto de Reforma del Código Civil.

## **2. Principales teorías sobre la frustración del fin del contrato**

La primera elaboración de una teoría de cambio de circunstancias fue la de la cláusula *rebus sic stantibus*, que encuentra sus raíces en el derecho romano, en postulados de Cicerón y Séneca —que la trataban como una solución excepcional— y que sufre una generalización a través de los glosadores y canonistas durante la Edad Media, y hacia finales de la Edad Media en el derecho germánico. Posteriormente, luego de la Revolución francesa y el Código de Napoleón, alimentado por un espíritu liberal, el imperio del *pacta sunt servanda* y la protección de la seguridad jurídica, aquella doctrina fue desprestigiada y cayó en desuso.

### **2.1. La doctrina alemana y la teoría de las bases del negocio de Karl Larenz**

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, en Alemania se intentó revivir la relevancia de la cláusula *rebus sic stantibus*. El primer intento vino con la teoría de la presuposición de Bernhard Windscheid. Luego, cabe destacar las teorías de la base del negocio de Oertmann, de Locher y de Lehmann. En general, todas estas teorías tenían como propósito conciliar el *rebus sic stantibus* con el *pacta sunt servanda*.



Para ello, sostenían que existe una condición resolutoria implícita, cuyo fundamento —si bien con distintos matices, dependiendo de la teoría— se encontraba en el conocimiento del deudor del fenecimiento del fin perseguido por el acreedor mediante la prestación. Ninguna de ellas pudo explicar, sin embargo, por qué el hecho de que el deudor conociera la finalidad perseguida por el acreedor suponía que este estuviera de acuerdo en que el contrato se resolviera si tal finalidad no era alcanzada (Larenz, 1956; Espert, 1968).

En efecto, para criticar estas teorías fue recurrente el ejemplo del sastre que confecciona un vestido de novia. Este sabe que el vestido es para un matrimonio, lo que no significa que haya aceptado tácitamente asumir el riesgo de que el matrimonio no se lleve a cabo.

Para superar esta crítica, Karl Larenz (1956) postula su teoría de las bases del negocio. Según Larenz, el negocio tiene bases subjetivas y objetivas. Las bases subjetivas son las consideraciones que llevaron a las partes a contratar, los motivos o creencias comunes. Las bases objetivas son cuestiones concretas propias del negocio. Allí tenemos el equilibrio económico del contrato y la función o finalidad de este. En ambos casos, las bases del contrato son comunes a las partes.

Por cuanto respecta a la finalidad del contrato, dice Larenz, es el ejercicio natural de la prestación que espera el acreedor y que ha llevado a ambas partes a contratar. El arrendador, por ejemplo, no da en arrendamiento un determinado bien si este no puede ser usado con normalidad. Lo lleva a contratar el hecho de que tiene un bien que puede ser usado de forma regular. Por su parte, el arrendatario quiere usar y por eso toma en arrendamiento. La posibilidad de uso del bien arrendado es base objetiva del contrato porque es un elemento objetivo que llevó a ambas partes a contratar. Si el bien no se puede usar, desaparece la base objetiva del negocio. Por tanto, no basta con que altere la finalidad particular del acreedor, sino que es necesario que se altere la base objetiva del contrato.

Es importante mencionar que no se refiere a la imposibilidad de la prestación. Sin embargo, es un fenómeno parecido. Imaginemos que una persona que tiene un viaje programado a Lima, de forma previsoramente, arrienda un carro por una página web. Está implícito que el carro deberá andar. Esta es base objetiva del negocio. Ahora bien: si cuando llega el arrendatario el vehículo tiene el motor averiado, la frustración del fin no se produce por una alteración de circunstancias, sino por la ejecución defectuosa de la prestación. La doctrina de la frustración del fin del contrato presupone que el deudor pueda ejecutar correctamente la prestación, pero que, debido a una alteración de las circunstancias, ya no sirva al acreedor.

Imaginemos que cuando llega el arrendatario el vehículo funciona, pero no puede manejarse por haberse declarado aislamiento social obligatorio. En este caso, el deudor sí puede ejecutar su prestación, permitir el uso del carro, pero el deudor no está en capacidad de usarlo según su interés regular y razonable. En este caso el problema es que el fin del contrato se ha frustrado.

Es importante entender hasta dónde llega la base del negocio. Larenz (1956) señaló lo siguiente:

La finalidad primera e inmediata de cada parte de un contrato bilateral es obtener la contraprestación. El comprador quiere disponer de las mercancías compradas; el arrendatario, usar del modo normal o convenido la cosa arrendada; el comitente, que se realice la obra contratada. Esta finalidad se desprende de la naturaleza del contrato en cuestión; es una finalidad común, puesto que cada parte quiere procurar la finalidad de la otra para así conseguir la suya; por tanto, es necesariamente contenido del contrato. Pero esta primera finalidad se enlaza de ordinario en las representaciones de las partes con una segunda y, aun a veces, una tercera finalidad: el comprador querrá emplear la cosa para un determinado fin (por ejemplo, consumirla, hacer con ella un regalo de boda o enajenarla después de haberla transformado en su industria); el arrendador, usar de cierto modo los locales arrendados (por ejemplo, explotar en ellos una determinada industria), etc. Estas finalidades ulteriores de una de las partes nada interesan a la otra, aun cuando las conozca e incluso se le hayan comunicado expresamente, a no ser que las haya hecho suyas en algún modo, por haber influido en su prestación o por haber fijado la cuantía de la contraprestación en atención a ellas. No es necesario que la finalidad en cuestión se haya convertido en contenido del contrato en el sentido de que se mencione expresamente en él; pero debe haberse tenido en cuenta por ambas partes al determinar tal contenido y manifestarse, al menos mediatamente, en el mismo. (p. 76)

Lo que señala Larenz es que, en principio, es base objetiva del negocio el goce de la contraprestación, pero, además, en condiciones normales o naturales. Quien compra un carro espera andar en él. Quien arrienda un inmueble espera usarlo. Quien compra un radio espera poder escuchar emisoras, etcétera. Si se produce un evento que, sin afectar directamente la prestación, impide que el acreedor pueda gozar del beneficio de haber contratado, se produce la frustración del fin del contrato. Pero, eventualmente, las partes podrán establecer como base objetiva del contrato algún goce particular, algo que de otra forma sería interés subjetivo del acreedor. Pone Larenz el ejemplo de un arrendatario de un restaurante que, además, adquiere de su arrendador el menaje. Cuando el arrendatario no consigue la licencia para operar, se dice, desaparece la base objetiva del contrato, pues ambos contrataron la compra-venta del menaje con base en que le darían el permiso. En ese caso, no solo era base objetiva del contrato que el menaje sirviera, sino algo más.

Además, señala Larenz que la frustración del fin no puede producirse por causas personales del acreedor o que estén en su esfera de influencia, como son un cambio de preferencia, una enfermedad o la insolvencia. Para poder entender que el fin del contrato se ha frustrado ello debe responder a un evento de fuerza mayor.

La tesis de Larenz sin duda supone un avance. Ya no es que se busca forzar una aceptación tácita de una condición resolutoria de que cambien las circunstancias solo porque el deudor conoce los motivos que llevan al acreedor a contratar, como eran las teorías de Windscheid, Oertmann y demás. En realidad, hay bases objetivas en el contrato que a veces se frustran y, al ser comunes a las partes y esta frustración no imputable a ninguna, justifican la ineficacia del contrato.

## 2.2 Los «*coronation cases*» y la *frustration of the purpose* del derecho inglés

En paralelo a lo que sucedía en Alemania, a inicios del siglo XX se inicia en Inglaterra el desarrollo jurisprudencial de la *frustration of the purpose of contract*. Originalmente, la jurisprudencia inglesa contemplaba que el deudor era responsable del cumplimiento del contrato de forma absoluta. Ello significaba que el deudor era responsable aun si actuaba con diligencia superlativa, a pesar de que la prestación deviniera imposible por caso fortuito o fuerza mayor. Este principio de responsabilidad absoluta estuvo consagrado en el *leading case Paradine v. Jane* de 1647. Si bien este principio fue matizándose primero exclusivamente en derecho marítimo, la primera vez que sufrió una limitación en derecho contractual fue en 1863, con el *leading case Taylor v. Caldwell*.

Lo curioso es que, como en el derecho inglés no existía la culpa como factor de atribución de responsabilidad, no fue la falta de culpa lo que generó la relativización de la responsabilidad absoluta. En *Taylor v. Caldwell*, el demandante tomó en arrendamiento un teatro del demandado para realizar un concierto, pero este se quemó antes del evento. Considerando la responsabilidad absoluta que imperaba en el derecho de contratos inglés, Taylor demandó a Caldwell la indemnización por daños y perjuicios. A pesar del precedente de *Paradine v. Jane*, el juez consideró que la existencia del cine era fundamento del contrato, por lo cual existía la cláusula implícita de que las partes estarían liberadas de responsabilidad por incumplimiento si el bien objeto del contrato se destruía sin culpa del arrendador. Así, el fundamento de la liberación de responsabilidad no era la ausencia de culpa, sino que la existencia del teatro era un fundamento de la contratación.

Esta primera relativización del principio de responsabilidad absoluta del derecho contractual inglés fue un precedente para la relativización en caso de frustración del fin del contrato, la cual se produjo en los *leading cases* conocidos como «*coronation cases*», afectados por la cancelación del desfile de coronación de Eduardo VII, debido a una enfermedad. En el caso *Krell v. Henry* de 1903, por ejemplo, el demandante arrendó al demandado las ventanas de su vivienda situada en la avenida Pall Mall de Londres, por donde pasaría el desfile de la coronación. El juez Lord Williams Vaughan desestimó la demanda de pago señalando que el criterio de *Taylor v. Caldwell* no solo resultaba aplicable a la imposibilidad de la prestación, sino a cualquier situación en la que desaparezca un fundamento del contrato, los cuales no solo son los bienes necesarios para ejecutar las prestaciones, sino también el propósito o fin práctico perseguido por el contrato. De hecho, señaló lo siguiente:

A mi juicio el uso de las habitaciones fue arrendado en este caso con el propósito de ver el desfile. Es una licencia o permiso para usar las habitaciones con un propósito particular y no con otro. Y a mi juicio el paso del desfile real en esos días determinados, y por la ruta anunciada, en que se incluía el número 56 de Pall Mall, fue considerado por ambas partes contratantes como el fundamento del contrato; y pienso que no puede razonablemente suponerse que los contratantes, al perfeccionar el contrato, contemplaron la posibilidad de que el desfile no tendría lugar en los días y por la ruta anunciados. (Espert, 1968, p. 46)

Es interesante considerar que, en el curso del debate, se argumentó que elevar el motivo de ver el desfile a nivel de fundamento del contrato sería como que alguien contratara un cochero para que lo lleve al hipódromo el día del Derby y que las carreras se hubieran reprogramado. Al respecto, el juez señaló que no era lo mismo, pues el cochero no tenía una cualificación especial para llevar a ver carreras. Cualquier coche es útil para ese fin, y este cochero podía servir para transportar pasajeros a otros destinos.

El criterio aplicado en el ejemplo del cochero fue usado como línea de argumentación de la sentencia en el caso *Herne Bay Steam Boat v. Hutton*, de 1903. En este caso el demandado tomó en arrendamiento de la demandante una embarcación con el objeto de llevar pasajeros a ver la revista naval que se llevaría a cabo por motivo del desfile de coronación y pasar el día de excursión. Al cancelarse la revista naval, el demandado se negó a usar la embarcación y, por supuesto, a pagar el arrendamiento, y fue por eso que la demandante planteó una demanda de pago. Al respecto, Lord Vaughan, el mismo juez del caso *Krell v. Henry*, señaló lo siguiente:

No veo nada que haga que este contrato difiera de un caso, por ejemplo, en que una persona ha comprometido un carruaje para ir a Epsom a ver las carreras, pero por una razón u otra, como podría ser una epidemia, las carreras son pospuestas. En tal caso no podría decirse que el arrendatario estaría libre de su compromiso. Así, en este caso, es suficiente decir que la Revista Naval no era la base del contrato. (Espert, 1968, p. 47)

Quizá la diferencia más importante entre *Krell v. Henry* y *Herne Bay Steam Boat v. Hutton* es que mientras que en el primer caso el fundamento era común, en el segundo era solo personal. Tanto Krell como Henry contrataron el arrendamiento de la ventana porque se produciría el desfile. Por ello, bajo esta tesis, tiene sentido que ambos soporten el peso de que el desfile se cancele. De hecho, según Lord Vaughan, ninguna parte podía forzar a la otra a ejecutar el contrato. Tampoco podía Henry exigir a Krell acceso a la ventana si el fundamento por el cual tenía acceso ya no existía. En cambio, en *Herne Bay Steam Boat v. Hutton* el fundamento, ver la revista naval, era solo de Hutton. Herne Bay Steam Boat arrendó la embarcación como la hubiera podido arrendar cualquier día y ante cualquier circunstancia, siendo irrelevante si se produciría la revista naval o no.

Señala Espert (1968) que para que la frustración del fin del contrato inglesa se produzca se requiere lo siguiente:

- (1) Que la frustración no se produzca por un acto voluntario del acreedor y
- (2) Que la frustración debe ser de un fundamento común de las partes.

Por su parte, jurisprudencia más reciente<sup>1</sup> ha establecido que se trata de verificar si la alteración de las circunstancias ha generado que la prestación sea ahora radical o fundamentalmente diferente desde un punto de vista comercial (*radically or fundamentally different in a commercial sense*) (Chamie, 2009).

---

1 *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noblee Torl GmbH* [1962] AC 93.

Además, señala, el efecto principal es la resolución del contrato, aun contra lo deseado por las partes. De esta forma, si el juez detecta la frustración del fin del contrato debe resolverlo de oficio, aun contra la voluntad de las partes (es decir, más parecido a lo que sería una nulidad que a un derecho resolutorio). Sin embargo, este efecto no tendría carácter retroactivo: solo aplicaría a las prestaciones por ejecutarse, no a las ya ejecutadas. Finalmente, el juez está autorizado a conceder al deudor una compensación por los daños experimentados (Chamie, 2009).

### **3. La frustración del fin del contrato**

En términos generales, la frustración del fin del contrato se produce cuando una circunstancia no imputable a las partes genera que la prestación ya no es útil para satisfacer la finalidad que estas asignaron al contrato. La prestación todavía puede ser ejecutada por el deudor, pero esta ya no es útil para el acreedor, debido al cambio de circunstancias. A esta situación se le asignan determinadas consecuencias para el contrato. En esta sección analizaré las distintas aristas del supuesto de hecho de la frustración del fin del contrato.

#### **3.1. El contrato como operación económica y la alteración de circunstancias**

Según Espert (1968), uno de los problemas más complicados al hablar de la frustración del fin del contrato es tener que pasar por la teoría de la causa del contrato. En efecto, señaló lo siguiente:

[La causa] incide en el problema de la influencia que la intención de los contratantes al proponerse el fin práctico de uno de ellos, con la aceptación y conocimiento del otro, pueda tener en la futura vida del contrato, si por circunstancias sobrevenidas dicho fin práctico se frustra, en el sentido de devenir inútil, carente de interés para el que contrató con objeto de conseguirlo. (p. 96)

En nuestro ámbito, Eduardo Benavides (1997), al referirse al fin del contrato, ha señalado que uno de los problemas es «la confusión, todavía hoy en día generalizada, entre el fin y el motivo, quedando convertido el primero en sinónimo de subjetividad, relatividad, ambigüedad, incertidumbre e inseguridad» (p. 171).

El problema al que se refieren los autores surgió bajo el paradigma de la causa como función económico-social, defendida por Emilio Betti (1950). De acuerdo con esta tesis, la causa se identificaba con el tipo contractual. La causa, como función del contrato, consistía en que se ejecuten las prestaciones que conformaban el tipo. Todo lo demás eran motivos que, por ser subjetivos e internos al acreedor, no eran relevantes para la consecución del fin del contrato. Desde esta perspectiva, solo se podía frustrar el fin del contrato cuando las partes no ejecutaran sus prestaciones, lo cual ya estaba abordado mediante las regulaciones de la imposibilidad y del incumplimiento.

Esta perspectiva, sin embargo, no era suficiente para que el derecho —en este caso, el derecho contractual— cumpliera su función de facilitar la vida en sociedad, específicamente el sistema de cooperación mediante el intercambio.

Cuando las partes celebran un contrato de prestaciones recíprocas lo hacen porque entienden que, mediante este, podrán valerse de sus respectivas contrapartes para satisfacer sus necesidades. A cambio de ello, están dispuestas a cargar con el sacrificio de realizar cierta conducta requerida por la contraparte. De esta forma, cada una de las partes se sacrifica en beneficio de la otra, para, a su vez, beneficiarse del sacrificio de esta. El acreedor tiene la expectativa de que la conducta de la otra parte satisfará su necesidad, expectativa a la que se denomina interés. Así, el contrato es un mecanismo de cooperación social para la satisfacción de necesidades; esta es la función económica del contrato.<sup>2</sup>

Así, el contrato es más que una creación jurídica. De hecho, como herramienta de cooperación, es una manifestación del orden espontáneo y precede a su regulación. Si el contrato es una herramienta para satisfacer necesidades, una operación económica, su finalidad no puede ser solo conseguir el recurso o satisfacer la necesidad mediata. El fin del contrato es la satisfacción de la necesidad final, lo que las partes realmente querían. Es ello lo que fundamenta su existencia. Las personas contratamos para satisfacer necesidades, y sería arbitrario entender que el fin del contrato es que se hagan del recurso por sí mismo, desprovisto de propósito. En realidad, no es solo relevante el *qué* sino también el *para qué*.

Justamente, para coadyuvar a que el contrato cumpla esta función es que se le da una regulación desde el ordenamiento jurídico, pues hay una serie de cuestiones, imputables o no a las partes, que pueden impedirlo. Como señala Andrea D'Angelo (2015):

En realidad, el fenómeno contractual constituye una entidad unitaria, jurídica y económica. En este fenómeno, la estructura económica es definida por la regulación legal-convencional, y encuentra en el derecho la razón y la regla de su estabilidad: sin el derecho, las exigencias y finalidades que la operación tiende a satisfacer y realizar quedarían frustradas. En oposición, el criterio de la regulación jurídica es determinado por la economía del negocio, y un contrato que tenga por objeto una operación económica no puede ser conocido, ni adecuadamente regulado, si no es en plena compenetración con ella. La regulación jurídica y el equilibrio económico, el contrato y la operación constituyen una unidad, los unos y los otros no tienen existencia autónoma, no son singularmente concebibles en términos jurídicos, ni en términos económicos. (p. 555)

---

2 Es importante mencionar que, según la teoría subjetiva del valor, cuando una parte está dispuesta a sacrificar algo para obtener algo distinto, ello responde a que valora aquello que obtiene más de lo que valora aquello que sacrifica. De esta forma, la función económica del contrato es, en última instancia, que ambas partes se enriquezcan subjetivamente, al permitir que cambien algo que valoran menos por algo que valoran más. Si, por algún motivo, las partes no se enriquecen, el contrato no cumplió adecuadamente su función económica. Esta es, precisamente, la dimensión del contrato como hecho jurídico; es decir, como hecho de la realidad, externo al derecho, al que el derecho se acerca para regular.

Esto explica por qué la teoría de la causa como función económico-social era insuficiente.

En atención a ello, Giovanni Battista Ferri (1966) expuso su tesis de que la causa, en realidad, cumple una función económico-individual. Según Ferri, el fin inmediato a que el contrato sirve, la ejecución de las prestaciones, no es lo único relevante económicamente, y, en consecuencia, tampoco jurídicamente. Por ello, en oposición a la noción de la causa como función económico-social, Ferri (1986) señala que, con la causa, «nos parece regresar al interior de la lógica del autor del negocio» (p. 143). Además, señala que el rol de la causa es:

[E]xpresar la tensión de la voluntad hacia un bien, y, esto es, el interés que, a través del negocio se desea realizar y la función que el negocio tiene para los sujetos que lo ponen en existencia. Un aspecto funcional es dado en la causa, pero este debe estar referido a los individuos autores del negocio jurídico. (Ferri, 1966, p. 370)

Finalmente, sostiene que la causa «conecta la operación económica, a la cual el negocio da vida, entendida en su globalidad, a los sujetos que de él son autores» (Ferri, 1966, p. 372) y es «el índice de cómo la regla negocial pueda ser expresión objetiva de las finalidades subjetivas que el autor o los autores del negocio intentan perseguir» (Ferri, 1966, p. 372).

Este cambio de paradigma supone un cambio de atención: «La valoración del acto se desplaza entonces del plano de la causa y del tipo al plano del interés, puesto que la tipicidad de un contrato no representa, de por sí, un seguro índice de su protegibilidad. Se debe, en cambio, hacer referencia a la naturaleza del interés en concreto perseguido» (Gabrielli, 2012, p. 21).

Este cambio de paradigma en el que el fin jurídicamente relevante del contrato se identifica ya no con la ejecución de las prestaciones sino con la función práctica del contrato está contemplado también en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>3</sup>

Una de las funciones más importantes que cumple el contrato desde el punto de vista jurídico es vincular a las partes a lo acordado, el llamado *pacta sunt servanda*.

---

3 Por ejemplo, el artículo 1316 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1316.-

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o *basta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil*.

También se extingue la obligación que solo es susceptible de ejecutarse parcialmente, *si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial*. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere» (cursivas nuestras).

Al someter la eficacia del contrato parcial o temporalmente imposible a la vigencia de la utilidad o interés del acreedor en su cumplimiento, evidentemente se refiere a la finalidad práctica, la necesidad final del contrato.



En nuestro ordenamiento jurídico esta función se plasma en el artículo 1361 del Código Civil cuando señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Si las partes pudiesen desvincularse de lo acordado sería muy fácil que se frustrase la función económica del contrato. Por eso, una de sus funciones jurídicas es dar seguridad jurídica mediante la vinculación de las partes a lo acordado. Si asumimos que las partes son racionales y que son libres para contratar en ciertos términos (premisas que asumimos de la dimensión económica del contrato), seguramente el intercambio incrementará la riqueza de ambos intervinientes. La función jurídica del contrato consiste en asegurar que esos términos se cumplan.

Lamentablemente, a veces, para facilitar y promover la función económica del contrato, la función jurídica termina limitándola. Y es que, si la consigna fuese que las partes satisfagan sus necesidades de manera absoluta, muchas veces que una pueda hacerlo supondría la frustración del interés de la otra, y viceversa. Esto sucede porque existe una relación de tensión entre las partes. En la medida en que el beneficio de una depende del sacrificio de la otra, cada una tendrá interés en sacrificar lo menor posible y maximizar su beneficio. Podría pensarse que esa tensión solo está presente durante la negociación, pero que una vez definidas las prestaciones la tensión desaparece, pues ambas partes ya saben qué tendrán que sacrificar y qué obtendrán a cambio. Sin embargo, ese no es siempre el caso. Existen muchas situaciones que podrían llevar a que una de las partes quiera replantear los términos del contrato.

Esto resulta evidente, por ejemplo, en el caso del error en la declaración. Por lo general, la voluntad de las partes coincide con lo que declaran, pero ello no siempre sucede. A veces se equivocan expresando su voluntad y, en esos casos, existen dos alternativas: permitir que prevalezca la voluntad (no revelada al otro contratante) de la parte que declaró equivocadamente, en beneficio de ella, o que prevalezca lo declarado, en beneficio de quien confió en esa declaración. Vemos entonces que la tensión a la que nos referimos antes se puede presentar luego de la celebración del contrato. En este caso, el declarante querrá desvincularse de lo que realmente satisface su necesidad, mientras que el receptor querrá ejecutar lo ofrecido.

La función jurídica del contrato es, precisamente, resolver esta tensión. Desde el punto de generación de riqueza, en esa relación en particular parece que da igual a quién favorezca el contrato; en cualquier caso, alguien perderá y alguien ganará. Sin embargo, si favoreciera al que declaró equivocadamente ello afectaría la seguridad jurídica. Ante el riesgo de que uno no pueda saber a qué se vincula —pues prima la voluntad no cognoscible— la gente contrataría menos, reduciéndose la generación de riqueza. Por ello, la regla general es que, en caso de error, uno está vinculado a lo que declaró, no a lo que quería.

Sin embargo, en la medida en que la finalidad del contrato sigue siendo la operación económica, permitir la satisfacción de necesidades genera que, desde su perspectiva jurídica, se busquen maneras de reducir esta tensión. En el caso del error en la declaración, por ejemplo, si este es esencial y el receptor de la declaración conoció o pudo conocer el error, el declarante tiene derecho a solicitar la anulación del contrato. Este es un caso en el que, de alguna forma, hay una conciliación entre la función jurídica con la económica. La idea es que, ponderadamente, ambas partes



satisfagan sus necesidades en la mayor medida posible y sin mellar la confianza en el sistema de intercambio, es decir, garantizando que haya seguridad jurídica.

Como señala D'Angelo (2015):

La consideración del contrato como operación económica, así como la identificación de una noción de contrato-operación económica, se corresponden con el reconocimiento de un peculiar valor jurídico del específico, singular, orden económico de toda relación negocial. La 'fuerza de ley' que el ordenamiento da al contrato, al reconocer la autonomía privada, debe ser atribuida, no solo a las reglas expresadas en el enunciado negocial, sino también a la misma operación económica, en su configuración contractual. Debe reconocerse, en otras palabras, que son normas de la relación, no solo los enunciados verbales contenidas [*sic*] en las cláusulas contractuales, sino también el mismo orden económico de la relación: el equilibrio de intereses en que consiste la operación económica. Es cierto que dicho orden y equilibrio resultarán del contenido del acuerdo, pero una vez que estos sean identificados —a través de este último— constituyen, a su vez, criterios idóneos para normar aspectos disciplinarios de la relación en orden a los cuales las cláusulas no expresen enunciados normativos. Y se debe aclarar, en tal sentido, que mediante el reconocimiento del valor normativo de la operación económica no se pretende atribuir fuerza jurídica a una entidad no jurídica, sino solamente afirmar que la entidad jurídica que es el contrato-operación económica, tiene un valor normativo que no se agota en las reglas expresadas en el enunciado de las cláusulas. En tal sentido, se puede afirmar que la operación económica constituye, por sí misma, una fuente de regulación de la relación, y libera reglas ulteriores con respecto a las directamente expresadas en la declaración negocial de las partes. (pp. 557-558)

Así, la superación de la noción de causa como función económico-social y su identificación con el tipo contractual permiten que el contrato sea valorado de manera, si se quiere, holística. El comprender que el contrato cumple una función económica permite entender que cada contrato cumple una función específica para las partes, y es la consecución de esa función específica lo que el ordenamiento debe potenciar.

Pero no solo eso. Esa claridad sobre la noción de contrato como operación económica generó que se pueda entender que el contrato contempla más elementos objetivos en el contrato que las declaraciones. Esto recuerda la noción de base objetiva del negocio de Larenz. No solo el respeto a lo declarado garantiza seguridad a las partes. El respeto, la tutela y la visión normativa de los intereses, en tanto que emanen objetivamente del contrato (nuevamente, entendido como operación económica), tampoco rompen la seguridad jurídica esencial para el funcionamiento del sistema de intercambio. Como señala Gabrielli (2012): «superada la rígida contraposición entre causa y motivos, el interés de los contratantes surge como elemento objeto de control por parte del ordenamiento sobre el plano del aspecto causal del contrato y sobre la realización de los efectos de las partes, en cada caso, en concreto programados con la operación económica por ellas querida» (p. 22).

Ahora bien: los casos de alteración de circunstancias son, precisamente, casos de tensión entre los intereses de las partes y sus expectativas con base en lo declarado,

perfectos para la aplicación de la noción de contrato como operación económica. Estos casos se producen cuando existe un desfase temporal entre la celebración del contrato y la ejecución de alguna de sus prestaciones. La peculiaridad de estos casos es que, en el lapso que transcurre entre la celebración del contrato y su ejecución, las circunstancias contempladas al celebrarlo se alteran generando que el contrato ya no cumpla de manera adecuada su función económica. Uno de estos casos es precisamente la frustración del fin del contrato. Por definición, este supone que, a causa del cambio de circunstancias, la prestación del deudor ya no satisfaga el interés del acreedor, con lo cual el contrato incumple su función económica.

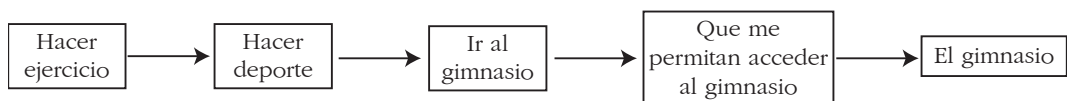
Vemos cómo esto genera tensión entre las partes y, por ende, entre las funciones jurídica y económica del contrato en un caso como *Krell v. Henry*, uno de los «*coronation cases*» que vimos antes: si preferimos absolutamente la seguridad jurídica, Krell tiene derecho a que Henry le pague la contraprestación, sea que decida usar o no las ventanas, pues eso fue lo que pactaron. Sin embargo, ello llevará a que el contrato no cumpla su función económica. Lo que satisfacía el interés de Henry era ver el desfile, y si el arrendamiento ya no se lo permite, se empobrecerá.

Así, el *quid* del asunto en la frustración del fin del contrato está en descifrar la situación para entender cuánto debe retroceder (y a partir de qué criterios) la seguridad jurídica en atención a la satisfacción de intereses, para no permitir que el contrato genere pérdida de valor sin que ello melle el sistema de contratación. La siguiente sección está enfocada en resolver esto.

### 3.2. El fin del contrato y el interés jurídicamente relevante

Como se señaló en la sección anterior, el contrato es una operación económica que tiene como función que las partes satisfagan sus necesidades. El problema es que no siempre es fácil establecer de modo objetivo la necesidad final a partir del contrato, y ello genera que esta no siempre pueda ser jurídicamente relevante. En esta sección, intentaré dar ciertas luces acerca de cómo se puede identificar el interés jurídico relevante de modo objetivo, cuando este trascienda el objetivo, pero insuficiente, concepto de las prestaciones declaradas.

Es un hecho que el ser humano tiene necesidades. Estas necesidades no siempre son inmediatas: muchas veces un recurso es necesario para satisfacer una necesidad cuya satisfacción es requerida para satisfacer una necesidad superior, formándose cadenas de necesidades. Imaginemos que tengo la necesidad de hacer ejercicio. Para ello, identifico que lo que satisface esta necesidad es hacer deporte, por lo que decido ir a un gimnasio. Pero, para ello, necesito que me permitan ingresar, así que tengo que inscribirme. Podríamos graficar esta cadena de la siguiente manera:



Es importante señalar que, en la cadena de necesidades, las más mediatas condicionan a las menos mediatas al recurso. Si mi necesidad fina fuese hacer deporte,

tanto el atletismo como el ajedrez serían idóneos para satisfacerla. Pero si mi necesidad final es hacer ejercicio y para ello identifico que lo que la satisface es hacer deporte, entonces el ajedrez no satisfará esta necesidad. Las necesidades implicadas siempre condicionan a las que las implican. Esto se explica porque las necesidades implicadas lo son porque justifican a las que las implican. Así, todo contrato presupone una necesidad práctica que quiero satisfacer —a la que llamaremos «necesidad final»—, pero ella está compuesta de otras subnecesidades que debo satisfacer para satisfacerla. Estas, a su vez, estarán compuestas de otras necesidades cuya satisfacción requiero para satisfacer aquellas, y así sucesivamente. Podríamos graficar la cadena de necesidades de la siguiente forma:



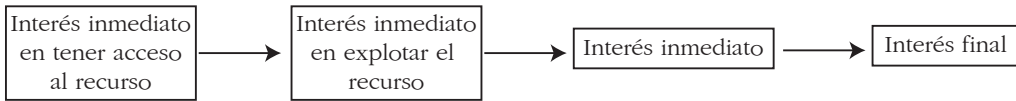
Como dije, la necesidad final es la necesidad práctica que quiero satisfacer. La mediata es aquella necesidad que tengo que satisfacer para satisfacer la necesidad final. La necesidad inmediata es la necesidad de explotar el recurso que satisface mi necesidad mediata. Esta necesidad inmediata se compone de dos subnecesidades, que son como dos caras de una misma moneda: que me den acceso al recurso y poder explotarlo. En la medida en que el contrato supone una necesidad que se satisface con la cooperación de alguien más, no basta con mi sola voluntad de explotar el recurso. Además, un tercero debe darme acceso a ese recurso y tengo que estar en capacidad práctica de hacerlo. Finalmente, el recurso es aquello que no tengo y que necesito para satisfacer toda la cadena.

Como señalamos, cuando se presentan cadenas de necesidades, la necesidad última condiciona la necesidad mediata que, a su vez, condiciona la inmediata, que, a su vez, condiciona el recurso.

Lamentablemente, no siempre habrá bases objetivas para tomar la satisfacción de la necesidad final como jurídicamente relevante. El fin del contrato siempre será la satisfacción de la necesidad final de las partes y, por consiguiente, la función jurídica del contrato será siempre acercarse a garantizar ese fin tanto como le sea posible, sin impedir que pueda hacerse lo mismo con la otra parte. Esta ponderación dará resultados distintos, dependiendo de la situación o de la patología evaluada.

Por ello, no es posible afirmar para todas las situaciones que el fin jurídicamente relevante del contrato será la satisfacción del interés del acreedor en que se ejecute la prestación, o en que se satisfagan los motivos expresamente fijados en el contrato, etcétera. Definir la necesidad jurídicamente relevante —sea la inmediata, la mediata o la final— es algo que habrá que hacer caso por caso, en atención a la operación económica y al problema que enfrentan los contratantes.

En este caso, corresponde entonces definir cuál es la necesidad jurídicamente relevante para el caso de la doctrina de la frustración del fin del contrato. Para ello, es útil tener como guía una cadena que grafique cómo se componen los intereses del acreedor:



El primer eslabón de la cadena consiste en el interés del acreedor en la satisfacción del primer componente de la necesidad inmediata, el acceso al recurso. Este es el primer componente del interés inmediato. En la medida en que el contrato es un mecanismo de cooperación, antes de contratar no tengo el recurso a mi disposición. El contrato refleja un interés en que la parte cuya cooperación requiero me dé acceso a ese recurso. En términos jurídicos, ello supone la ejecución de la prestación. La prestación consiste precisamente en la actividad cooperativa que me da acceso al recurso. Imaginemos que quiero hacer una fiesta de matrimonio, para lo cual requiero arrendar un local. El interés en la prestación es el interés en que mi deudor me permita usar el local.

El segundo eslabón consiste en el interés del acreedor en la satisfacción del segundo componente de la necesidad inmediata, el poder explotar el recurso una vez que tenga acceso a él. Este es el segundo componente del interés inmediato. En términos jurídicos esto supondría la capacidad de ejercer el derecho, pero no una capacidad abstracta sino práctica. De nada sirve que me den acceso al recurso si no puedo explotarlo. En el ejemplo, no bastaría que me permitan usar el local: también tengo que estar en capacidad de usarlo. No podría usarlo, por ejemplo, si, como sucede ahora, el Estado dictase una orden de aislamiento social obligatorio que me impidiera salir de mi casa. El arrendador me permite usarlo, pero yo soy quien no está en capacidad de hacerlo. Cabe señalar que no es que el recurso no puede usarse, pues ello supondría una inejecución de la prestación.

El tercer eslabón consiste en que el acreedor pueda usar el bien para la finalidad particular que le interesa. No basta con que le den acceso al recurso y que yo esté en capacidad de explotarlo en general; lo relevante es que mi interés solo se satisface si puedo explotar el recurso de una forma particular que satisface mi necesidad inmediata. En el ejemplo, mi necesidad es hacer una fiesta. Si, por algún motivo, no puedo hacer una fiesta, de nada me servirá usar el bien para tomarme fotos o para pasar el día ahí.

Finalmente, el cuarto eslabón consiste en mi interés en satisfacer mi necesidad final. En el ejemplo, poder realizar la fiesta de matrimonio. Cabe señalar que muchas veces el interés mediato podrá ser, a su vez, el interés final.

Como vemos, la satisfacción de las necesidades mediatas y finales, cada una por sí misma, tiene valor. En el ejemplo, la necesidad mediata es tener la fiesta y, la inmediata, tener la fiesta de matrimonio. A diferencia de ellas, los dos primeros eslabones, componentes del interés inmediato, necesitan la satisfacción del otro para tener valor. No sirve de nada que me permitan usar el local si yo no estoy en posibilidad de usarlo. Por otro lado, no puedo usar un local si no me han permitido usarlo.

Como nota previa, es importante señalar que la teoría de la frustración del fin del contrato tiene como objetivo liberar a las partes del contrato cuando este no pueda alcanzar su fin. Pero, en la medida en que jurídicamente el contrato no siempre tiene por función garantizar el interés final del contrato, el fin frustrado debe ser el

jurídicamente relevante y no necesariamente el fin económico, que es la satisfacción de la necesidad final. El fin jurídicamente relevante será el interés que objetivamente se desprende del contrato a partir de los intereses subjetivos de las partes mediante la operación jurídica.

Ahora bien: si revisamos la cadena de intereses, uno de los posibles fines jurídicamente relevantes del contrato es el primer eslabón de la cadena, el interés en que el deudor dé al acreedor acceso al recurso, que no es otra cosa que la ejecución de la prestación. Este sería el fin del contrato cuando la ponderación entre los intereses de las partes no permita la tutela de intereses superiores más cercanos al interés final. Sin embargo, la frustración del tener acceso al recurso no es un problema relevante para la doctrina de la frustración del fin del contrato, pues ya es atendida por otros mecanismos de tutela del interés de las partes, como la resolución por incumplimiento o por imposibilidad de la prestación. Por ello, para la frustración del fin del contrato debemos mirar los siguientes intereses en la cadena.

Hasta el momento he señalado que la finalidad del contrato es la satisfacción de la necesidad final y que, además, existe un interés objetivo que es expresión de los intereses subjetivos de las partes y que constituye el fin jurídicamente relevante del contrato. Sin embargo, todavía está pendiente verificar cómo es que se encuentra el interés objetivo, jurídicamente relevante, cuya frustración supone la frustración del fin del contrato. Creo que podría ser de utilidad, para tales efectos, hacer una revisión de la cadena de intereses y ver si hay forma de determinar cuándo un interés es objetivo.

Comencemos con el análisis del interés en la explotación del recurso. Como señalamos antes, este es el interés en que el acreedor pueda efectivamente disfrutar o beneficiarse del recurso, la prestación. Por otro lado, sobre la base de la seguridad jurídica —función jurídica del contrato—, en principio al deudor solo se le responsabiliza del cumplimiento de su prestación. Es eso lo que objetivamente debe. ¿Es posible resolver este conflicto? En mi opinión, sí es posible.

Aun cuando es cierto que el deudor solo puede ser responsable por el cumplimiento de la prestación, creo que el fin mínimo del contrato es que el acreedor satisfaga la necesidad inmediata, que, además de que le den acceso al recurso —que, ya señalamos, no es un interés tutelado por la teoría de la frustración del fin del contrato—, implica que le sea posible explotarlo. Este es un dato objetivo; no depende de valoraciones subjetivas del acreedor. Esta es, al menos en parte, la base común a la que se refería Larenz. Ninguna de las partes hubiese contratado si no fuera posible que el acreedor explote el recurso, independientemente de que ello le permita satisfacer su necesidad mediata o final. En la compraventa de un bien inmueble, por ejemplo, la sola obligación de enajenar genera la satisfacción de la necesidad inmediata; el acreedor adquiere. Esa es la base común del contrato: si el acreedor no pudiera adquirir, no hay duda de que el contrato sería patológico.

El problema es que, en algunos casos, por la naturaleza del recurso, el acreedor tendrá que participar junto con el deudor para satisfacer la necesidad inmediata. Este es el caso del arrendamiento, por ejemplo. No basta, para que se produzca la satisfacción de la necesidad inmediata, que el deudor permita al acreedor usar. El acreedor, además, tiene que poder usar. Pero que en la compraventa baste el título

y en el arrendamiento se requiera de la actuación del acreedor, es meramente circunstancial. No es que en la compraventa lo deseado sea que el beneficio lo pueda generar el título por sí solo y en el arrendamiento no. No es lo que *debe* ser sino lo que *puede* ser, en atención a la naturaleza de los recursos y las prestaciones que permiten acceder a ellos. Por eso, en el caso del arrendamiento, para efectos de medir si se ha cumplido el fin mínimo del contrato, deberíamos entenderlo de la misma forma que como entendemos la transferencia de propiedad. Así como el contrato de compraventa es patológico cuando el acreedor no puede adquirir, el contrato de arrendamiento es patológico cuando el acreedor no puede usar.

Ese es el caso, por ejemplo, del arrendamiento de locales comerciales en tiempos de aislamiento social obligatorio. El contrato no es capaz de generar siquiera ese beneficio mínimo que es la satisfacción del interés inmediato y, por ello, objetivamente debe poder ser atendido por el ordenamiento. Cuando pasemos a la sección de los efectos de la frustración del fin del contrato analizaré si la respuesta del ordenamiento debe ser la ineficacia absoluta o si requerirla es un derecho de parte y bajo qué esquema. Por ahora basta con señalar que, en mi opinión, este sí es un caso patológico en el que se justifica que el interés del deudor retroceda y la seguridad jurídica retroceda y ofrezca el ordenamiento de una respuesta.

El siguiente eslabón en la cadena de intereses es el interés en la satisfacción de la necesidad mediata. Creo que es útil recurrir a algunos casos en los que esta finalidad se frustra para efectos de extraer conclusiones.

El primer caso es uno citado por Larenz y se produce en Alemania, en el contexto de la Primera Guerra Mundial. Cuando esta comenzó, hubo un toque de queda que impedía a la población salir en la noche a partir de cierta hora. Esto evidentemente afectó a locales que funcionaban en la noche, como teatros, bares, cines, entre otros. En ese contexto, muchos arrendatarios se negaron a pagar las rentas por considerar que el arrendamiento ya no les era útil. ¿Es esto razonable?

La satisfacción de la necesidad mediata no depende del deudor. Como dijimos antes, en principio, está justificado afectar el interés del deudor en el contrato cuando esto responda a un defecto en la ejecución de la prestación a su cargo, pues esto es lo que está en su esfera de control. Sin embargo, cuando hablamos del interés en la satisfacción del fin inmediato vimos que algunas cuestiones que no están en su control formaron parte de la base del contrato y, por ello, si estas no se producen, se justifica una respuesta del ordenamiento. En ese caso, señalamos que parte de la base objetiva del contrato era que el acreedor esté en posibilidad de explotar el recurso. Ahora, si esta es base del contrato, en mi opinión también lo es el uso ordinario del recurso.

En los casos del ejemplo, el recurso era destinado a su fin ordinario. El teatro era utilizado para montar obras teatrales, los restaurantes para servir comida y los bares para expender bebidas alcohólicas. Salvo que el acreedor quiera usarlo para algo más y lo establezca en el título, no hace falta señalar nada para que ambas partes asuman que el bien deberá poder ser utilizado para su finalidad comercial ordinaria. Su uso ordinario o natural es, por lo menos, el que las partes razonablemente esperan y, por ello, en mi opinión, este también es base del contrato.



El siguiente caso es el *Krell v. Henry*, uno de los «*coronation cases*». En este, Henry no quería pagar a Krell porque no pudo usar el bien arrendado, la ventana de la casa de Krell, para el propósito pensado, ver el desfile de la coronación de Eduardo VII. Este caso es diferente al anterior, porque la función ordinaria de la ventana no es ver desfiles.

Sin embargo, si bien la función ordinaria de una ventana es mirar a través de ella y no mirar desfiles, no es razonable que Krell sostenga que, por seguridad jurídica, él pensó que bastaba con que Henry pudiera mirar a través de la ventana. En el caso del ejemplo, la ventana no tenía ninguna otra utilidad razonable. El único motivo por el que el deudor arrendó la ventana fue porque habría desfile. Así, el desfile no solo fue base de lo que llevó a Henry a tomar la ventana en arrendamiento; también fue la base de lo que llevó a Krell a arrendarla.

Por ello, incluso si el recurso no estuviese afecto a su función ordinaria, si se puede establecer de manera objetiva, sin lugar a dudas, cuál es la función que deberá poder cumplir el bien, entonces este también pasa a ser base común del contrato. Ello se da, por ejemplo, cuando ese fin está establecido específicamente en el contrato o cuando, sin decirlo, ello se desprende sin lugar a dudas del contexto, como por ejemplo cuando existe una única necesidad que ese bien puede satisfacer en un contexto determinado, cuando las partes han tomado esa función para determinar el precio o los deudores han anunciado que el recurso permitirá esa explotación en específico, etcétera. En esos casos, la satisfacción de esa necesidad es también base del contrato, y su frustración lo hace también patológico. Es importante enfatizar que no bastará con que se haya expresado el interés mediato del acreedor, sino que este tiene que ser condición que llevó a ambas partes por separado a contratar.

Es preciso indicar que, a efectos de comprobar que el interés en la satisfacción de la necesidad mediata es base común, es necesario que la necesidad de explotar el recurso de una forma en particular debe desprenderse con claridad, sea del contexto en el que se suscribió el contrato o del contrato mismo.

Finalmente, analicemos el caso *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*. En este, tal como Henry, Hutton no quería pagar, pues, según decía, quería la nave para llevar a pasajeros a ver la revista naval, suspendida por la enfermedad de Eduardo VII. A pesar de tener el mismo argumento, la Corte resolvió en contra de Hutton. El fundamento de esta decisión fue que mientras que Hutton efectivamente tenía interés en llevar pasajeros a ver la revista naval, el presupuesto que llevó a Herne Bay Steamboat Co. a contratar no era la revista naval. Por el contrario, la empresa se dedicaba a arrendar naves; esta era su actividad principal, no algo que hizo eventualmente por el desfile. En ese sentido, la revista naval no era la base común del contrato. Lo que Herne Bay Steamboat Co. ofrecía era un arrendamiento de naves sin importar el contexto y, por ello, no hay cómo sostener que debe asumir parte del impacto de que la revista naval no se haya producido.

De esta forma, cuando el interés mediato no es el uso ordinario del bien, sino supone algo en especial, pero esto solo ha determinado la intervención del acreedor en el contrato, esto no será base común y, por consiguiente, la frustración de este interés no generará la patología del contrato.

Finalmente, tenemos los intereses finales, a los cuales aplica la misma lógica de lo señalado para los intereses mediatos.

En conclusión, la frustración del fin del contrato se produce cuando:

- (1) El acreedor no está en posibilidad de explotar el recurso (imposibilidad de ejercer el derecho);
- (2) El interés del acreedor era explotar el recurso según su uso ordinario y esto no es posible; o,
- (3) El interés del acreedor era explotar el recurso de forma distinta a su uso ordinario o más específica, esto haya sido lo que llevó a ambas partes a contratar y esta función no pueda darse.

En esta sección he abordado el interés cuya frustración genera una patología en el contrato. En las secciones siguientes expondré qué eventos justifican la frustración del contrato y qué efectos se justifica que afecten al contrato patológico.

### **3.3. El evento que genera la frustración**

En la sección anterior vimos cuáles son los fines del contrato cuya frustración lo hacen patológico. En esta veremos qué eventos pueden justificar la frustración de su fin.

Salvo por los de ejecución inmediata,<sup>4</sup> los contratos se caracterizan porque la ejecución de las prestaciones se difiere a un momento posterior a su celebración. En ese tiempo las circunstancias pueden cambiar de tal forma que la relación contractual se vea impactada.

En principio, la regla general es que cada parte asuma el costo de los impactos que les afectan particularmente. Por ello, si las partes y el ordenamiento jurídico no establecieran algo distinto, estas asumirían también el costo generado por el cambio de circunstancias. Si la prestación se volviera excesivamente onerosa, el deudor tendría que incurrir en mayores costos para ejecutarla. Si la prestación se volviera imposible, el deudor debería asumir la responsabilidad frente al acreedor por no poder ejecutar la prestación. Si la prestación dejara de ser útil al acreedor, este tendría que asumir el costo de pagar una contraprestación a cambio de una prestación que le es inútil.

Conscientes de esta situación —para lo cual no hace falta más que constatar la realidad—, las partes podrían establecer qué sucede en cada caso, de tal forma que no necesariamente sea la parte afectada por el cambio de circunstancias la que deba soportar el costo. Esto podría responder a criterios de razonabilidad o a que una parte está pagando más a cambio de asumir menos riesgo. Esto es a lo que se llama contratación o distribución de riesgos. El contrato suele incluir una distribución de riesgos. Sin embargo, consciente de que hay distribuciones de riesgos que suelen ser preferidas por las partes, el ordenamiento recoge ciertas fórmulas que apliquen ante

---

<sup>4</sup> Los contratos de ejecución inmediata son aquellos en los que las prestaciones se ejecutan en simultáneo o inmediatamente después de la celebración del contrato.



la falta de acuerdo.<sup>5</sup> Por ejemplo, el ordenamiento dispone que —en determinadas circunstancias muy específicas que luego veremos con más detalle—, el deudor no responda aun cuando no estuvo en capacidad de cumplir, trasladando el costo de la inejecución al acreedor.

Desde luego, estas circunstancias deben tener una racionalidad detrás, pues deben tratar de reflejar la lógica con base en la cual las partes hubieran establecido la regla si la hubiesen contemplado en su contrato. Estas características son a las que me refiero a continuación.

En la sección anterior señalamos que la frustración del fin del contrato consiste en que la prestación, que es plenamente ejecutable, no satisface ya el interés jurídicamente relevante del acreedor. La regla general diría que el acreedor asume el riesgo de que la prestación no satisfaga sus necesidades; ¿qué justifica, entonces, la alteración del riesgo?

Una primera característica del evento es que este no sea imputable al acreedor. Aun cuando todavía no hemos señalado cuáles son los efectos, es claro que, si se va a dar algún tipo de tutela al interés del acreedor, por la tensión existente entre las partes a la que me referí antes, esta tutela va a tener algún impacto negativo en el deudor. Este impacto no es justificable si el acreedor generó la frustración del fin. No es razonable asumir que las partes establecerían una regla en la que se atiende el interés del acreedor cuando este generó su propia frustración.

Además, el acreedor no debe estar en capacidad de resistir el evento. Si está en capacidad de hacerlo y no lo hace, la frustración le es igualmente imputable y aplica lo dicho antes. Ahora bien: es preciso hacer una salvedad. ¿Qué sucede si el costo de resistir el evento supera el beneficio de la satisfacción del interés o si lo reduce excesivamente? En mi opinión, estos costos deben sumarse al costo de la contraprestación de cara a analizar si se ha generado una excesiva onerosidad de la prestación. Esta sería la respuesta a una situación de ese tipo y no la frustración del fin del contrato.

El evento deberá ser extraordinario. Los eventos extraordinarios son aquellos que son difíciles y, por consiguiente, altamente costosos de prever, precisamente porque no pasan ordinariamente.<sup>6</sup> Como son difíciles de prever, las partes no suelen inter-

---

5 Si bien en nuestro ordenamiento esto es correcto para la imposibilidad —la regla de responsabilidad establecida por el ordenamiento aplica ante la ausencia de pacto de las partes—, no lo es para la excesiva onerosidad de la prestación, pues, según el artículo 1444 del Código Civil, es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación. Esto, en mi opinión, es un error. La excesiva onerosidad, al igual que la imposibilidad, simplemente es una fórmula prefabricada de distribución de riesgos. Sin embargo, a quienes corresponde en principio establecer su propia fórmula de distribución de riesgos es a las partes, pues son quienes tienen más información y, quienes, con base en ella, fijan el precio: a mayor riesgo asumido por el acreedor, menor la contraprestación. Por ello, no veo por qué no sería legítimo que las partes establezcan una fórmula de riesgos distinta a la de la excesiva onerosidad.

6 Atribuyo al término «extraordinario» el significado que Alfredo Bullard (p. 82, 1993) señala que debe dársele al término «impredecible». Suscribo ese concepto pero, en mi opinión, el término que mejor lo define es «extraordinario».

nalizarlos a través de la estructura de precios del contrato. Por ello, se justifica una regla que establezca que las partes no asumen riesgos extraordinarios, alterando la regla general de que cada uno asume los riesgos que le afectan.

Vinculado al requisito de la extraordinariedad está el hecho de que el evento deberá exceder el álea del contrato. El álea es el riesgo que las partes asumen en el contrato, expresa o implícitamente. Siendo ello así, si las partes en el contrato asumen un riesgo extraordinario, este evidentemente no generará la frustración del contrato.

Finalmente, el evento deberá ser posterior a la celebración del contrato. Si las circunstancias que afectaron el interés del acreedor son anteriores a la celebración del contrato, esto solo se explicaría porque el acreedor no conocía de estas circunstancias, lo que tiene una respuesta del ordenamiento en la regulación del error, o porque, pese a conocer, decidió asumir el riesgo, con lo cual esto pasaría a ser parte del álea del contrato y no correspondería la aplicación de la frustración del fin del contrato.

#### **4. Remedios ante la frustración del fin del contrato**

En las secciones anteriores nos hemos encargado de entender en qué consiste la frustración del fin del contrato como fenómeno patológico. La finalidad de esta sección es entender cuáles deben ser los remedios ante la patología de la frustración del contrato.

##### **4.1. Liberación del contrato frustrado**

De más está decir que la patología es funcional, es decir, no se produce en la etapa formativa del contrato. Siendo ello así, el contrato es válido.

En realidad, el problema es que no es idóneo para satisfacer el interés jurídicamente relevante del acreedor. En tal virtud, para resolver ese problema basta con permitir al acreedor dejar sin efectos el contrato mediante un derecho resolutorio. No coincido con Espert (1968) cuando señala que el deudor también podría estar legitimado a oponer la frustración del contrato a su acreedor. No creo que el deudor tenga un legítimo interés en resolver el contrato por este motivo, por lo que, siempre que lo alegue, estará escondiendo un motivo ulterior que no es jurídicamente relevante, actuando así de mala fe.

Espert (1968) se apoya en el caso *Papeleras del Maestrazgo, S.A. c. Talleres Martín, S.L.*, en el que la demandante solicitó a la demandada la construcción de una turbina que específicamente pudiera funcionar en una catarata. Cuando expropiaron la catarata, *Papeleras del Maestrazgo, S.A.* solicita la ineficacia del contrato por frustración de su fin. Al sostener que el deudor también debe estar facultado a oponer la frustración del fin del contrato, el autor señala lo siguiente:

En el caso de *Papeleras del Maestrazgo, S.A.*, contra *Talleres Martín, S.L.*, podría ocurrir que *Papeleras* alegara la doctrina de la frustración para congelar el con-

trato e impedir que se fabricaran las turbinas por la otra parte. Este es lo que podríamos llamar el aspecto directo de la doctrina de la frustración. Pero existe una aplicación clara, aunque por la vía inversa, y que tiene por objeto impedir otra injusticia. Así, si Talleres Martín, ante el conocimiento de la finalidad de las turbinas y habiendo conocido la expropiación del salto, detuviera la fabricación de aquellas, con objeto de no incrementar los daños económicos que a ambos contratantes produce el acaecimiento del evento frustrante, podría ocurrir en tal caso que Papeleras del Maestrazgo exigiera a Talleres Martín el exacto cumplimiento de la entrega de las turbinas, alegando que le servían para otros fines distintos del primitivamente contemplado (la aplicación de las mismas a otro salgo, por ejemplo, o su reventa). Estimo entonces que Talleres Martín estaría legitimado para alegar la doctrina de la frustración a fin de exculparse de la detención en la fabricación de las turbinas, detención que no se basaba en un incumplimiento contractual provocado por dolo o culpa, ni siquiera levísima, sino, todo lo contrario, por una exquisita apreciación de los intereses en conflicto y el *ánimus bonus* de aminorar en lo posible los daños de la frustración del fin; fin que si inicialmente fue del que encargó las turbinas, fue conocido y aceptado por el fabricante de las mismas, objetivándose e impregnando toda la *vicenda* ulterior del contrato, único modo de afinar el máximo para obtener un grado óptimo de Justicia en su cumplimiento. (1968, pp. 256-257)

Así, según el autor, estaría justificado que el deudor pueda oponer la frustración del fin porque podría haber suspendido la ejecución al conocer la frustración. Pero creo que esta posición toma por cierta una cuestión que vale la pena preguntarnos previamente: ¿se justifica que el deudor suspenda la ejecución de la prestación —o los actos preparatorios— cuando presuma la frustración del fin? En mi opinión, la respuesta es no.

El deudor, en principio, tiene interés en que el contrato no devenga ineficaz, porque está interesado en recibir la contraprestación. Si este interés decae, no tiene sentido que ello responda a la frustración del interés de su acreedor, pues ello no le afecta. Siendo esto así, si el deudor se amparara en dicha frustración para resolver el contrato, en realidad lo que estaría haciendo es aprovecharse para librarse del contrato por motivos ulteriores. Creo que el ordenamiento no debería facilitar esta posibilidad. Además, atendiendo a la teoría subjetiva del valor, los contratos generan enriquecimiento a la sociedad, porque ambas partes ganan. Esto es lo que, en mi concepto, está detrás del principio de conservación de los contratos, la satisfacción del interés de las partes al momento de celebración del contrato y el beneficio social que traen. Por estos motivos, si es posible que el contrato sea eficaz pese a la frustración del fin, esta debería ser la opción legislativa preferida.

Por los mismos motivos, no estoy de acuerdo en que la resolución opere de pleno derecho. Esto sí está justificado en la imposibilidad definitiva, pues en ese caso el contrato ya no es practicable. La frustración del interés inmediato genera la frustración de todos los intereses de la cadena y, por eso, tiene sentido que la resolución opere de pleno derecho. La frustración del fin del contrato no es análoga en ese sentido. En la medida en que la prestación sí es ejecutable, existe la posibilidad de que el acreedor pueda salvar la eficacia del contrato aceptando la prestación pese a

la frustración de sus intereses, para destinarla a otro fin. Siendo ello así, la resolución no debería operar de manera automática, sino a solicitud del acreedor.

En atención a lo dicho, creo que la frustración del interés del acreedor debería ser tratada de manera similar a como se regula en algunos ordenamientos la resolución por plazo esencial, que, si bien no es un caso de alteración de circunstancias, sí es un caso de frustración del fin porque, vencido el plazo, la prestación deja de ser útil para satisfacer los intereses del acreedor. A pesar de ello, se le confiere el derecho de aceptarla, pues podría serle útil. Creo que lo mismo puede suceder en el caso de la frustración del fin del contrato. El acreedor podría encontrar útil la prestación para satisfacer otra necesidad, en cuyo caso no habría necesidad de dejar sin efectos el contrato, lo cual es deseable. Por ello, la decisión de liberarse del contrato debe corresponder únicamente al legítimamente interesado, el acreedor. Para tales efectos, debería presumirse la utilidad de la prestación para el acreedor, salvo que señale que no le es útil.

Siendo ese el caso, el acreedor no podrá liberarse del contrato una vez que el deudor cumpla con la prestación. En efecto, ejecutada la prestación, el acreedor ya no podrá extinguir la obligación de su deudor por medio de la resolución, pues esta ya se extinguió por cumplimiento. Y una vez que la obligación ha sido cumplida, el acreedor no tiene más remedio que pagar la contraprestación debido al sinalagma entre ambas prestaciones. Además, si se presume la utilidad de la prestación pese a la frustración del fin, el deudor no tiene por qué suspender la ejecución. Por ello, si se permitiera al acreedor liberarse del contrato luego de que la prestación ya ha sido ejecutada, esto perjudicaría injustificadamente al deudor. Es preciso recordar que la frustración del fin del contrato, en principio, tampoco es atribuible al deudor. Por ello, la finalidad de la institución deberá ser liberar al acreedor del contrato, pero cuidando que ello no afecte al deudor injustificadamente. Para tales efectos, su regulación debería incentivar al acreedor a notificar al deudor apenas se produzca la frustración a efectos de que suspenda la ejecución y no incurra en mayores esfuerzos.

Esta comunicación de frustración del interés debería efectuarse mediante la notificación de la demanda —judicial o arbitral, si su contrato tiene convenio arbitral— a través de la cual solicita la resolución del contrato. Incluso podríamos pensar en que la suspensión de la prestación se efectúe mediante carta notarial comunicando la frustración del interés del acreedor, luego de la cual el acreedor tenga un plazo reducido para presentar la demanda. Ello responde a que, en la medida en que el deudor puede cumplir mientras el acreedor no notifique la frustración del fin, el plazo necesario para la elaboración, tramitación y notificación de la demanda podría ser muy amplio, generando que, en la mayoría de casos, el deudor cumpla antes de que se notifique la demanda.

Esos son los escenarios más claros: si la prestación no se ha ejecutado en absoluto, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por frustración de su fin; y si la prestación ya se ejecutó, la institución ya no resulta aplicable. Sin embargo, podemos pensar en escenarios intermedios más complicados.

¿Qué sucede si la prestación se ha ejecutado parcialmente o si se han llevado a cabo actos preparatorios? Más adelante veremos que corresponde que al deudor se

le indemnice el daño emergente a causa de la resolución por frustración del fin del contrato. A lo que me refiero ahora es a algo distinto. Pongamos un ejemplo para plantear el problema.

Imaginemos que a una empresa constructora se le encarga la elaboración de una planta. Para ello, las partes celebran un contrato de obra, el cual típicamente tiene una prestación de hacer que termina en un dar. La prestación concluye cuando las partes suscriben un acta de entrega en el que certifican que la prestación se ha ejecutado correctamente y, en ese momento, se transfiere el riesgo. Ahora bien: imaginemos que antes de la suscripción del acta de entrega se frustra el fin del contrato. Si bien técnicamente la prestación no ha terminado de ser ejecutada, en términos económicos el deudor ha realizado el sacrificio que lo hace merecedor de la contraprestación.

Recordemos que en el esquema de satisfacción de necesidades mediante la cooperación al que nos referimos antes, las partes se sacrifican para obtener un beneficio a cambio. Este sacrificio consiste en la carga económica que soporta el deudor, que puede ser una inversión de dinero, mano de obra, gestión, etcétera. No se justifica y sería pernicioso para el sistema que el sacrificio se realice a cambio de nada. Por eso, aun cuando jurídicamente no haya terminado de ejecutarse la prestación, en la medida en que el deudor realice todo el sacrificio, merece todo el beneficio a cambio. En el ejemplo, claramente suscribir el acta de entrega no es el sacrificio, sino una mera formalidad.

En mi opinión, es el sacrificio —sea en ejecución de la prestación o de los actos preparatorios para ejecutarla— lo que justifica el beneficio de la contraprestación. Aun cuando se le reconozca el daño emergente al deudor, esto no borra el sacrificio efectuado. El sacrificio solo se puede compensar con el reconocimiento del lucro cesante, es decir, lo que iba a ganar si no se hubiera resuelto el contrato. Por eso, luego de compensar el daño emergente, si no se ha ejecutado ningún sacrificio económico, no corresponde ninguna parte del lucro cesante. Si se ha ejecutado todo el sacrificio, aun cuando formalmente no se haya terminado de ejecutar la prestación, corresponde todo el lucro cesante. Y si se ejecutara parte del sacrificio, corresponde parte del lucro cesante.

Es ilustrativa la forma en la que Espert (1968) se refiere a la resolución por frustración del fin del contrato al señalar que esta tiene por efecto «congelar» el contrato. Que lo que ya se ejecutó se compense y solo se libere el acreedor de pagar la contraprestación por la porción no ejecutada. Ello, en mi concepto, debe implicar daño emergente, pero también lucro cesante por la porción ya ejecutada.

Ahora bien: no coincido con Espert en cómo aplica el criterio del congelamiento. El autor pone como ejemplo el «caso de la coronación» *Krell v. Henry*. En este caso, Henry había pagado ya 25 libras y debía pagar otras 25 libras dos días antes de la coronación. Krell demandó el pago total de la contraprestación y Henry reconvino la devolución de las 25 libras ya pagadas. La Corte resolvió liberando a Henry de pagar lo que restaba y a Krell de devolver lo ya pagado, bajo este concepto de que el contrato se ha congelado, que supone que la resolución no tenga efectos retroactivos.

En mi opinión, esto es un error. La prestación de Krell consistía en permitir a Henry mirar el desfile desde su ventana. A cambio de ello, Henry debía pagarle 50

libras. Lo que marca cuánto de contraprestación debe pagarse es cuánto de la prestación se ha ejecutado. En este caso, la frustración del contrato impidió que Krell ejecute toda la prestación, con lo cual no se justifica el pago de ninguna porción de la contraprestación. El criterio recogido por la Corte, suscrito por Espert, generaría un enriquecimiento sin causa en Krell.

Por ello, en mi opinión, el criterio del congelamiento debería aplicarse en atención a la prestación. Se dice que el contrato se congela en la medida en que no se afecta la prestación ya ejecutada y la contraprestación pagada por ello. Pero si la contraprestación se ha pagado sin que haya habido ejecución de la prestación, esta contraprestación sí es afectada por los efectos restitutorios de la resolución. En esa medida, la retroactividad es relativa. De igual manera, el congelamiento no es absoluto, pues, como ya se ha expuesto, si ya ha habido ejecución del sacrificio —total o parcial—, la resolución no exime al acreedor de pagar la porción correspondiente de la contraprestación.

#### **4.2. Frustración parcial y temporal del fin del contrato**

Algunos intereses podrán ser frustrados parcialmente y otros no. En atención a ello, algunas prestaciones son susceptibles de ser cumplidas parcialmente y otras no. Cabe destacar que lo relevante no es solo que la prestación sea indivisible. Es cierto que la prestación indivisible no podrá ser ejecutada parcialmente por causas objetivas. Sin embargo, incluso si pudiera serlo, lo que determina si la prestación puede ser parcialmente ejecutada es el interés final del acreedor.<sup>7</sup> En determinados casos, como en imposibilidad, si solo fuese posible ejecutar la prestación parcialmente, el acreedor podrá aceptarla o no dependiendo de si ello satisface su interés final, no inmediato o mediato.

Ahora bien: si solo una parte del interés se frustrara, siempre que sea posible individualizar las prestaciones parciales que son inútiles para la satisfacción del interés jurídicamente relevante y sus respectivas contraprestaciones parciales, la resolución solo afectará a estas.

Imaginemos que una universidad contrata a una empresa para que provea a los alumnos de togas y birretes para la graduación. Lamentablemente, a causa de la pandemia, por medidas gubernamentales, la graduación va a tener que ser por videoconferencia, motivo por el cual las togas ya no son necesarias, solo los birretes. En este caso, el interés en las togas se ha frustrado, pero no el interés en los birretes. En ese caso, la universidad podría resolver la parte del contrato referida a las togas, pero no aquella concerniente a los birretes.

Muy diferente es lo que sucede en la frustración temporal del fin del contrato. Ello se produce cuando un evento genera que el interés no pueda ser satisfecho por un lapso de tiempo.

Imaginemos que el Estado contrata con un concesionario la construcción de un metro. El concesionario tiene, además, que contratar a un «epecista», que es la empresa encargada de la ingeniería, construcción y procura de materiales. A su vez, el

---

<sup>7</sup> Este es otro caso en el que el interés final es jurídicamente relevante.



epicista tenía un contrato con una empresa que la proveería de cables. Ahora bien: imaginemos que, por la pandemia, el proyecto se paraliza. La empresa de cables quiere entregar el pedido y, desde luego, quiere que le paguen. Sin embargo, el epicista no puede recibirlo en ese momento. El cable no le sirve y ni siquiera tiene dónde guardarlo. En ese caso el fin del contrato se ha frustrado, pero solo temporalmente, por lo que dure la suspensión del proyecto.

Lo mismo sucedería con una empresa de servicios de alimentación, con la que el epicista había contratado para que proveyera la comida de todo el personal de la obra. Esta, por brindar servicios de primera necesidad, todavía puede operar. Pero, en la medida en que el proyecto está suspendido, este servicio no es de utilidad para el epicista.

En los casos de frustración temporal del fin del contrato la frustración será subsanada, pero mientras no lo sea no puede aceptar la prestación ni pagar la contraprestación. En tales casos, se justifica que el contrato solo se suspenda, que se difieran sus efectos, incluidos los plazos de ejecución de la prestación y la contraprestación. En ese caso, sin embargo, el deudor debe estar facultado para solicitar la resolución del contrato.

Es muy importante diferenciar ambos casos, pues en algunas hipótesis podría haber confusiones entre ellos. Esto responde a que algunos eventos de frustración parcial del interés pueden ser no de secciones paralelas del interés —es decir, que se dan al mismo tiempo—, sino consecutivas —que se dan uno después del otro—, lo cual puede confundirse con la frustración parcial del fin.

La diferencia está en que en la frustración temporal todo el interés se ha suspendido, mientras que en la parcial es solo una parte, pero que lo ha hecho definitivamente. En el caso de la graduación, a la universidad ya no le interesa la toga, solo el birrete. Si este fuese un caso de frustración temporal, por ejemplo, si la ceremonia de graduación fuese a suspenderse hasta que se levante la cuarentena, la inutilidad que la toga supone para la universidad es solo temporal.

Veamos qué sucede en un caso de frustración parcial, pero de secciones consecutivas del interés. Imaginemos que en el caso del desfile de la coronación se hubiese anunciado que el desfile solo duraría la mitad del tiempo previsto, pues, como Eduardo VII está enfermo, debe descansar. En ese caso, la frustración es parcial, no temporal. No es que, cuando se curase, Eduardo VII volvería para completar el desfile. En este caso, es claro que el interés se ha frustrado definitivamente, pero solo de modo parcial, por la mitad cancelada del desfile.

Otro ejemplo de frustración parcial de secciones consecutivas del interés es el contrato de arrendamiento de estacionamientos al que me referí en la introducción. Imaginemos que el contrato se suscribió por diez años, de enero de 2020 a diciembre de 2029. El interés de tener estacionamientos entre enero de 2020 y el 14 de marzo del mismo año se satisface con normalidad. A partir del 15 de marzo el interés de tener estacionamientos entre el 15 de marzo y la fecha en la que termine la cuarentena se frustra. Este interés no está suspendido. Cuando se levante la cuarentena el arrendatario podrá satisfacer su interés de disponer de estacionamientos desde esa fecha en adelante. Sin embargo, el interés de tener estacionamientos por el tiempo de duración de la cuarentena ya se habrá frustrado definitivamente. Por

eso, en ese caso no corresponde la suspensión de la prestación y de la contraprestación, sino la extinción de la prestación y de la contraprestación por tal período.

### 4.3 Daños al deudor producto de la frustración del fin del contrato

Como ya señalé, la frustración del fin del contrato es una institución que distribuye los riesgos de las partes a falta de acuerdo expreso. Además, debe hacerlo siguiendo la lógica que ellos seguirían si hubieran regulado el supuesto en su contrato. El riesgo de alteración de circunstancias por un evento extraordinario es tan poco probable que no es eficiente que las partes lo incorporen a su análisis financiero. Por ello, lo que probablemente hubiesen dicho si hubieran regulado la situación es que, si un evento de este tipo frustra sus intereses, estos podrán liberarse del contrato.

Pero, en la medida en que esto no es imputable al deudor tampoco, probablemente hubieran pactado que la liberación se produzca con el menor impacto para él. Y, de hecho, si consideramos que este ya está aceptando perder su contraprestación en estos casos —que, por cierto, si bien no son imputables a ninguna de las partes, están vinculados al acreedor— lo razonable es que al menos recupere los gastos efectuados. En la sección anterior he preferido hablar de sacrificio y no de prestación, pues económicamente lo que entra en la balanza es el sacrificio y el beneficio. Entendido así, no hay gran diferencia entre los gastos en los que incurre el deudor para prepararse a ejecutar la prestación y los que incurre en la ejecución de la prestación.

¿Qué diferencia real hay entre los gastos en los que incurre una empresa a la que se le compran veinte sillas de un modelo particular y en los que incurre una empresa a la que se le encarga hacer veinte sillas de un modelo particular? En el primer caso estamos ante una compraventa, la cual supone solo una obligación de dar. En el segundo caso, ante un contrato de obra, que supone una obligación de hacer que termina en un dar. Por ello, mientras que en el primer caso los gastos en los que incurre la primera empresa para hacerse de las sillas son actos preparatorios para la ejecución de la prestación, en el segundo los mismos gastos son ya ejecución de la prestación. Si bien la diferencia puede tener implicancias jurídicas, el impacto económico en ambas es el mismo, y siendo que lo que debe preocupar a la institución es el menor impacto económico para el deudor y no otras implicancias jurídicas, ambos gastos son indemnizables.

Siguiendo esta lógica, ¿qué sucede con el costo de oportunidad? En muchos casos de frustración del fin del contrato, el evento que causa la frustración del interés no afecta solo al acreedor en particular, sino a cualquiera que hubiese estado en la posición del acreedor. Por ejemplo, en *Krell v. Henry* el único motivo por el que *Krell* pudo alquilar la ventana fue el desfile de la coronación. Lo que frustró el fin de *Henry* fue la cancelación de ese desfile, situación que hubiera frustrado el fin de cualquier contrato similar que hubiera celebrado *Krell* con quien sea. Siendo ello así, no había un costo de oportunidad.

En otros casos, en cambio, el evento que frustra el fin del contrato solo afecta al acreedor en particular, habiendo sido posible que el deudor contrate con otra



persona si no hubiera contratado con el acreedor. En esos casos sí habrá un costo de oportunidad que no se recuperaría si no se paga la contraprestación. De ser el caso, si el deudor está en condición de contratar con otra persona luego de la resolución del contrato por frustración, ello compensará el costo de oportunidad y no habrá daño. Sin embargo, si por la naturaleza de la prestación ya no le es posible contratar con nadie más —por ser una prestación que solo es útil en determinadas épocas del año solamente, por ejemplo—, ya no podrá compensar su costo de oportunidad. Imaginemos que arriendo mi casa de verano a una persona. Lamentablemente, en febrero mi arrendatario contrae una enfermedad a la piel que le impide tener contacto con el sol. En ese momento, decide resolver el contrato por frustración del fin. Si yo soy capaz de contratar con otra persona por el tiempo que queda en condiciones similares, no tendré costo de oportunidad. Sin embargo, a mediados de febrero la mayoría de quienes estaban interesados en alquilar una casa de playa ya lo hicieron, por lo que arrendar mi casa a esas alturas será mucho más difícil.

En mi opinión, en esos casos, siempre que el costo de oportunidad esté debidamente acreditado, el acreedor sí podrá resolver el contrato para no tener que recibir una prestación que ya no le interesa —lo que podría generarle mayores costos—, pero deberá indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, es decir, un monto equivalente a la contraprestación.

Hasta este punto hemos asumido que al deudor no le es imputable el evento que genera la frustración del fin del contrato. Sin embargo, sí es posible que este le sea imputable. En nuestro ordenamiento no hay ninguna sanción particular para este caso, por lo que no vemos por qué este no podría ser un supuesto de frustración del fin del contrato que permita al acreedor resolver el contrato por frustración del fin. No tendría sentido que se le permita liberarse del contrato cuando la alteración de circunstancias no es imputable a nadie, pero que deba permanecer vinculado cuando esta sea causada por el deudor.

Esos casos, en mi opinión, deberían ser tratados de forma similar a la imposibilidad por culpa del deudor e imponerse las consecuencias que se le imponen al deudor en caso de resolución por incumplimiento. Por ello, en esos casos no solo el deudor perdería derecho a cualquier indemnización, sino que, además, tendría que indemnizar cualquier daño que el acreedor pudiera experimentar a causa de la ineficacia contractual.

## **5. Conclusiones: de los casos de la coronación a los casos del coronavirus**

En este artículo, luego de haber reflexionado largamente sobre el tema, he pretendido hacer una apología a la institución partiendo de las premisas económicas del contrato como manifestación espontánea socioeconómica y estudiando su interconexión con la función jurídica del contrato. A partir de ello he llegado a las siguientes conclusiones:

- 1) La frustración del fin del contrato se produce cuando, a causa de una alteración de circunstancias, el interés jurídicamente relevante del acreedor se frustra generando que la prestación ya no le sea útil.
- 2) El interés jurídicamente relevante del acreedor es aquel que era la base común de la contratación. Esto porque consiste en la explotación del recurso necesario para satisfacer la necesidad, ya sea según su función ordinaria, según la única forma en la que podía ser razonablemente explotado de acuerdo con las circunstancias, o según lo establecido en el contrato. Esto solo puede ser evaluado en concreto, de tal forma que no puede decirse *a priori* que el interés jurídicamente relevante del contrato es la prestación o los motivos causalizados.
- 3) La regulación de la frustración del fin del contrato se contempla porque el riesgo de que las circunstancias cambien es tan bajo que no tiene sentido contemplarlo en el análisis financiero del contrato. Por ello, no basta que el evento no sea imputable al acreedor. Este debe ser extraordinario para que tenga sentido que no forme parte del análisis financiero del contrato. Ahora bien: la extraordinariedad debe ser analizada desde el punto de vista del acreedor. Con ello me refiero a que también se consideran extraordinarios los eventos causados por el propio deudor que generen la frustración. No es común y, por consiguiente, incorporable en el análisis financiero, que el deudor frustre el interés del acreedor. Esto es importante, además, porque la frustración del fin a causa del deudor no está sancionada en nuestro ordenamiento. Siendo ello así, si se sanciona la frustración por causa no imputable, *a fortiori* se justifica una sanción a la frustración por causa del deudor.
- 4) La frustración, además, debe ser irresistible por el acreedor pues, de lo contrario, sería como si hubiera consentido la frustración.
- 5) La frustración genera un derecho resolutorio en el acreedor. La resolución «congela» el contrato, lo que significa que el deudor deberá pagar lo efectivamente ejecutado por el deudor, pero el deudor no podrá seguir ejecutando nada. Para tales efectos, se compensan contra la contraprestación los gastos en los que haya incurrido el deudor para la ejecución de la prestación y se paga el porcentaje de sacrificio (ya sea ejecución o actos preparatorios) en el que haya incurrido el deudor contra la diferencia de la contraprestación.
- 6) La frustración podrá ser total, parcial o temporal. Si fuera parcial, solo se resuelve la parte de la prestación que deviene inútil y su contraprestación correspondiente. Por su parte, si fuese temporal, el acreedor solo está autorizado a solicitar la suspensión de la ejecución de la prestación y de la correspondiente contraprestación. En cualquier caso, el deudor tiene derecho a resolver totalmente el contrato.

- 7) Si el deudor demuestra que sufrió un costo de oportunidad, el acreedor podrá resolver el contrato, pero la indemnización equivaldrá al monto total de la contraprestación.
- 8) Si la alteración de las circunstancias es imputable al deudor, la resolución generará los efectos de una resolución por incumplimiento.

Quisiera terminar este artículo señalando que, con buen criterio, el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984 (2019), presidido por el profesor Gastón Fernández Cruz, incorporó la frustración del fin del contrato como supuesto de resolución del contrato en el artículo 1372-A del Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Sin embargo, no coincido con la propuesta de regulación. El texto propuesto es el siguiente:

Artículo 1372-A.- Frustración del fin del contrato

1. Si el propósito común perseguido por las partes del contrato se frustra definitivamente de forma sobrevenida por causa no imputable a aquellas, el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario.
2. Si la frustración es temporal, el contrato se resolverá de pleno derecho, solo si dicha temporalidad impide el cumplimiento oportuno de una obligación de carácter esencial. (p. 218)

Lamentablemente, la exposición de motivos de una propuesta tan importante no permite comprender el porqué de la fórmula adoptada. Esta es la siguiente: «Exposición de motivos.- El Grupo de Trabajo propone incorporar un nuevo artículo que regule expresamente la frustración del propósito común perseguido por las partes, estableciendo consecuencias distintas, en caso la causa se frustre de manera temporal o definitiva» (2019, p. 218).

No obstante, una revisión del texto de la propuesta evidencia que la fórmula no contempla las consideraciones vertidas en este trabajo. Un primer problema que salta a la vista es que no recoge un derecho resolutorio a favor del acreedor. Así, salvo que lo acuerde con el deudor, el acreedor está impedido de salvar la eficacia del contrato en caso la prestación le sea útil para otros fines, lo que contribuye a la generación de riqueza y es consistente con el principio de conservación del contrato. Además, no tiene consistencia con la institución el que la decisión de conservar el contrato dependa del deudor, quien no tiene legítimo interés en la patología sobrevenida.

Por su parte, no contempla que el evento deba ser extraordinario, bastando únicamente que no sea imputable a las partes. De esta forma, eventos no imputables pero que sí fueron —o debieron ser— considerados en la distribución de riesgos también generarían la frustración.

Otra deficiencia de la propuesta es que no contempla una indemnización a favor del deudor, quien ya está asumiendo la pérdida de la contraprestación por causas que no le son imputables.

Tampoco contempla la posibilidad de que la frustración pueda producirse por causa imputable al deudor, en cuyo caso deja desamparado al acreedor. Esto, como dije antes, no tiene consistencia bajo una argumentación *a fortiori*.

Otro problema de la propuesta es que no considera una resolución parcial. ¿Qué sucede cuando algunas prestaciones sí son útiles? ¿Qué sucedería hoy en el caso de los arrendamientos de locales comerciales, por ejemplo? ¿El contrato tendría que resolverse permanentemente aun cuando la frustración del fin no afecte meses posteriores? No parece tener mucho sentido.

Finalmente, considero que la regulación de la frustración temporal es absolutamente inadecuada. Lo primero que salta la vista es que se señala que la frustración aplica solo cuando impida el cumplimiento oportuno de una obligación esencial. Sin embargo, la premisa de la frustración del fin del contrato es que el cambio de circunstancias no impacta en la posibilidad de ejecución de las prestaciones, sino en el interés del acreedor. En realidad, el supuesto de hecho recogido es el de imposibilidad temporal, no frustración temporal.

Además, incluso si asumiéramos que lo que se quiso decir es que la frustración impida temporalmente la satisfacción del interés del acreedor en una obligación esencial, me queda la duda de si se referían a una obligación esencial —como literalmente dice el texto— o a una obligación de plazo esencial. Si fuera lo primero, en mi opinión no tiene sentido que el contrato se resuelva si las partes podían esperar a que la frustración pase. Hay que considerar que, en este caso, a diferencia de lo que sucede con la frustración definitiva, la propuesta ni siquiera da opción a las partes de salvar la eficacia del contrato de común acuerdo. En cambio, si la intención era referirse a una obligación de plazo esencial, nuevamente, se está impidiendo al acreedor darle una nueva utilidad a la prestación, permitiéndole conservar el contrato.

Creo que lo razonable era dar al acreedor la facultad de suspender los efectos del contrato y de resolverlo solo en el caso de que se afecte el interés de una obligación de plazo esencial. A su parte, el deudor tendría derecho de resolver el contrato en caso el acreedor ejerza su derecho a suspender sus efectos.

La frustración del fin del contrato es una institución que tiene ya un largo trayecto. Ha sido objeto de análisis serio y específico por la doctrina legal, por lo menos desde Windscheid, a mediados del siglo XIX. A pesar de ello, tengo la impresión de que es una institución que incomoda a la doctrina más dogmática. No solo se opone al principio más importante en el derecho de los contratos, el *pacta sunt servanda*, sino que se fundamenta en conceptos cuya relevancia jurídica ha sido cuestionada, como son los conceptos de causa, intereses y motivos. A pesar de ello, creo que coyunturas como la que enfrentamos demuestran la necesidad de su reflexión, discusión y posterior regulación.

## Referencias

- Benavides, E. (1997). En A. Bullard & G. Fernández, *Derecho civil patrimonial* (pp. 169-183). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Betti, E. (1950). Teoria generale del negozio giuridico. En F. Vasselli, *Trattato di diritto civile*. Turín: UTET.
- Chamie, J. F. (2009). Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés. *Revista de Derecho Privado*, 187-212.
- D'Angelo, A. (2015). Contrato y operación económica. En L. León, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)* (pp. 543-581). Lima: Ara Editores.
- Espert Sanz, V. (1968). *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Ferri, G. B. (1986). Tradizione e novità, nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ 1865 al cod. civ. 1942). *Rivista de Diritto Commerciale*.
- Ferri, G. B. (1966). *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milán: Giuffrè.
- Gabrielli, E. (2012). La operación económica en la teoría del contrato. *Ius et Veritas*, 16-40.
- Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil. (2019). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil*. Lima: Instituto Pacífico.
- Larenz, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mosset Iturraspe, J. (1991). *La frustración del contrato*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.



# **Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias\***

*Sergio García Long*

Pontificia Universidad Católica del Perú

---

\* El presente artículo es una versión ampliada del trabajo publicado bajo el título «Contratos en cuarentena: COVID-19 y cambio de circunstancias» en Manuel Alberto Torres Carrasco, Ever A. Medina Cabrejos y Diego A. Pesantes Escobar (coords). *COVID-19: su impacto en las relaciones jurídicas privadas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 223-246. Se ha cambiado ligeramente el título para que el lector pueda identificar que se trata del mismo trabajo en dos versiones distintas (la primera versión culminada la primera semana de abril, mientras que la segunda a inicios de julio).





## 1. Un nuevo evento impeditivo: el COVID-19

No solo las personas pueden contagiarse de un virus, sino también los contratos.

El 31 de diciembre de 2019, las autoridades chinas reportaron el estallido de una neumonía en la ciudad de Wuhan, China. Luego ella fue clasificada como una nueva enfermedad en los humanos: el COVID-19. El 30 de enero de 2020, la World Health Organization (WHO) declaró al COVID-19 como una «emergencia pública sanitaria de preocupación internacional» (*public health emergency of international concern* – PHEIC). El 31 de enero, Alex M. Azar II, el secretario del Health and Human Services, declaró emergencia pública sanitaria (*public health emergency* – PHE) para los Estados Unidos de América. El 11 de marzo la WHO la declaró como pandemia.

Se trata de un virus nuevo y desconocido que pasó de ser epidemia en China a ser conocido, famoso y temido como pandemia en todo el mundo.<sup>1</sup>

Pero no solo afecta a las personas, sino también a los contratos. Se ha reportado que el COVID-19 está impactando a la cadena de producción en la industria automovilística (Thoms, 2020), contratos de suministro (Benavides, Morán & O'Brien, 2020), contratos de construcción (Sarkodie, Chan, Harris & López, 2020), la industria solar y de almacenamiento (Larrabee, 2020), la industria naviera (Liu, 2020), entre otros. Como puede ser evidente, los contratos más afectados son los de tracto sucesivo o de duración (continuada o periódica).

El COVID-19, como evento impeditivo que califique como excusa para el incumplimiento del contrato, puede ser visto desde tres perspectivas: (1) en sí mismo como evento natural que consistió en el desarrollo y brote del virus; (2) en relación con las consecuencias que pueda provocar, como la reducción de precios, quiebra de empresas, despidos laborales, crisis económica y otras; y, (3) gubernamental, por las acciones que toman los Gobiernos para proteger la salud pública (como las cuarentenas o aislamientos sociales obligatorios). Entonces, cuando uno piensa al COVID-19 como excusa contractual, es importante precisar cuál es el evento impeditivo en cuestión, si el brote mismo del virus, alguna de sus consecuencias o cierta

---

1 El Centers for Disease Control and Prevention (CDC) define a la epidemia como un «increase, often sudden, in the number of cases of a disease above what is normally expected in that population», mientras que la pandemia es una «epidemic that has spread over several countries or continents, usually affecting a large number of people».

acción tomada por el Gobierno. De ello dependerá el tipo de excusa contractual que pueda invocarse.

En relación con las acciones gubernamentales, este nuevo virus ha provocado que los Estados se vean en la necesidad de implementar medidas para controlar la pandemia. Ello se ha materializado en la promulgación de normas legales que tienen como objetivo (1) el cierre de fronteras; (2) cuarentenas; (3) la suspensión temporal de negocios y actividades económicas, principalmente las que involucran atención al público y reunión de personas; (4) restricciones o prohibiciones al transporte aéreo, terrestres y marítimo; y, (5) el cierre temporal de centros laborales, entre otros.

Estas disposiciones producen un impacto directo en los contratos que incluso va más allá del debate en torno a la santidad contractual conforme al artículo 62 de la Constitución Política del Perú.<sup>2</sup> Ya no se trata de la modificación del contrato por una norma jurídica posterior sino de la suspensión o incluso resolución del mismo. Nos referimos a los típicos casos de ilegalidad sobrevenida o imposibilidad legal (contratos en curso que ya no pueden ejecutarse en sus términos originales).

Ver al COVID-19 como excusa contractual desde el derecho comparado nos permitirá apreciar que el mismo, sea considerado en sí mismo, en virtud de sus consecuencias o las acciones gubernamentales, puede generar diversos tipos de efectos en el contrato. Dependiendo del tipo de contrato, la regla (legal o convencional) aplicable y los hechos del caso, el COVID-19 podría generar, a manera de ejemplo, imposibilidad sobrevenida, excesiva onerosidad o frustración del propósito, así como activar la ejecución de ciertas cláusulas contractuales como las de *force majeure*, *hardship*, MAC (*Material Adverse Change*) o MAE (*Material Adverse Effect*).

Esta perspectiva comparada, a su vez, nos permitirá comprender cómo se ha desarrollado y aplica el cambio de circunstancias alrededor del mundo. Primero, existen sistemas jurídicos que reconocen en sus codificaciones alguna teoría específica sobre el cambio de circunstancias. Segundo, otros sistemas jurídicos no reconocen alguna teoría específica y, sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido cierto remedio. Tercero, en contrataciones complejas en las que las partes prefieren alejarse de las normas supletorias del derecho nacional, se han estandarizado cláusulas que regulan procedimientos contractuales particulares que se acomodan mejor a la operación en concreto.

Teniendo en cuenta esta complejidad, no se puede concluir de antemano qué efecto producirá el COVID-19 en un contrato, pero sí podemos presentar un *overview* que permita entender cuáles son las vías legales (en virtud de las codificaciones civiles) y contractuales (en virtud de lo pactado) que podrían invocarse, para desde allí, analizar el caso en concreto.

Sin perjuicio de lo mencionado, y al ser los protagonistas no solo en el derecho peruano sino en la experiencia internacional, se analizarán los casos de los contratos de arrendamiento comercial y contratos de educación.

---

<sup>2</sup> Sobre este debate, véase Cárdenas (1997); Escobar y Cabieses (2013); Saavedra (2014); Campos (2020).

## 2. Derecho comparado

### 2.1. Civil Law

El Civil Law tiene una posición más permisiva o intervencionista en relación con el cambio de circunstancias.<sup>3</sup> Inicialmente primaba un sentimiento francés del *pacta sunt servanda*, conforme al texto original del artículo 1134 del Code Civil. Los contratos eran obligatorios entre las partes y debían cumplirse en sus términos y condiciones. La única excusa contractual era la imposibilidad sobrevenida conforme a los originales artículos 1147 y 1148 del Code Civil. Esta tendencia se siguió en Europa, y muestra de ello es que durante el siglo XIX las principales codificaciones civiles no reconocieron una excusa más allá de la imposibilidad (física o legal).

Sin embargo, las épocas de guerras, inflaciones y devaluaciones exigieron repensar si solo la imposibilidad sobrevenida podría —y debería— tener efectos liberatorios. Se empezó a considerar que las partes no deberían ejecutar prestaciones que sin haberse vuelto imposibles fueran de difícil ejecución en términos de costos. Con el paso de los años la *cláusula rebus sic stantibus* fue ganando mayor aceptación. Pero lo más interesante no fue el hecho de reconocer el desequilibrio económico como una excusa contractual, sino la preferencia de remedios preservatorios sobre los liberatorios ante tales circunstancias. Un contrato que sufre de excesiva onerosidad debería admitir la posibilidad de revisión del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias. Tiempo después, se empezó a discutir sobre otro elemento preservatorio del contrato: la renegociación. Actualmente, la tendencia en el derecho de contratos es la corrección del desequilibrio económico a través de un procedimiento contractual que comienza con una etapa de renegociación a efectos de que sean las mismas partes quienes definan si el mismo se resuelve o adapta; caso contrario, intervendrá el juez o árbitro.

De esta manera, el Civil Law partió de la premisa de reconocer la imposibilidad sobrevenida con efectos liberatorios a reconocer el desequilibrio económico como otra excusa contractual también con efectos liberatorios, a preferir la adaptación sobre la resolución, hasta llegar a la tendencia moderna que prefiere esquemas de renegociación contractual como paso previo a la intervención judicial o arbitral.

Ahora, virtualmente todas las principales codificaciones civiles reconocen el *pacta sunt servanda* y la imposibilidad sobrevenida, así como alguna teoría específica que permita accionar algún remedio conservatorio del contrato ante la ocurrencia de un desequilibrio económico. El §313 del BGB reconoce la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*), el artículo 1467 del Codice Civile regula la excesiva onerosidad (*eccessiva onerosità*), mientras que el artículo 1195 del Code Civil reconoce expresamente la *imprévision*.

El Code Civil es una de las codificaciones civiles más modernas en torno al cambio de circunstancias al reconocer el deber de renegociación del contrato frente al desequilibrio económico, siguiendo así la tendencia de los principales instrumentos de *soft law* y similares. La renegociación se encuentra reconocida como

---

<sup>3</sup> Toda generalización debe tratarse como tal y a efectos descriptivos.

primer paso en el esquema contractual conforme al artículo 6.111 de los PECL (Principles of European Contract Law), artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los PICC (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts), artículo III.-1:110 del DCFR (Draft Common Frame of Reference), artículo 1:101 de los Principios de la Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Français y de la Société de Législation Comparée, artículo 157 del Code européen des contrats, el ICC Hardship Clause 2020 y el artículo 84 de los PLDC (Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos).

Algo interesante a tener en cuenta es cómo cada uno de los sistemas jurídicos del Civil Law ha reconocido alguna solución ante el cambio de circunstancias. Mientras que algunos países reconocieron alguna teoría específica en sus codificaciones civiles (Francia, Alemania, Italia, Holanda, Perú, Argentina y Brasil, por ejemplo), otros no lo hicieron pero aun así encontraron alguna vía legal para accionar contra el cambio de circunstancias (España y Chile, por ejemplo).<sup>4</sup> En Francia,<sup>5</sup> la fuerza del *pacta sunt servanda* y el rechazo a modificar los términos del contrato ante el cambio de circunstancias quedaron graficados en el caso Canal de Craponne (1876), hasta que en 1916 la Conseil d'Etat reconoció la teoría de la *imprévision* en sede administrativa conforme al caso Gaz de Bordeaux. Sin embargo, esta jurisprudencia no fue seguida por las cortes civiles, quienes continuaron negándose a reconocer la *imprévision*. Un dato interesante es que el original artículo 1134 del Code Civil no solo reconocía el *pacta sunt servanda* sino también señalaba que el contrato debía ejecutarse de buena fe. Sin embargo, esta buena fe no fue vista por los franceses como una excepción al *pacta sunt servanda*, sino como una reconfirmación de ella. La buena fe significa que las partes debían ejecutar el contrato conforme a sus términos y condiciones, y no de manera oportunista, entendiéndose, saliéndose del texto del contrato. La buena fe francesa no fue vista como fundamento para adaptar el contrato, como sí ocurrió —por el contrario— con la buena fe alemana. Finalmente, con la reforma francesa de 2016 se reconoció la *imprévision* en el artículo 1195 a través de un esquema de renegociación contractual inspirado en el *soft law*.

En Alemania,<sup>6</sup> el concepto de imposibilidad (*Unmöglichkeit*) fue insuficiente para dar una respuesta satisfactoria en épocas de inflación y devaluación durante las guerras. Un intento fue el desarrollo del concepto de imposibilidad económica (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*). Sin embargo, la doctrina más exitosa fue la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*) de Paul Oertmann, la cual logró aplicación práctica por parte de la jurisprudencia alemana al encontrar su ancla legal en la buena fe (*Treu und Glauben*) del §242 del BGB. Posteriormente, y con la reforma de 2002, la base del negocio fue reconocida expresamente en el §313 del BGB.

En Italia<sup>7</sup> se partió de la doctrina francesa para reconocer su propia versión italiana de la *imprévision* y así se reguló, en el artículo 1467 del Codice Civile, la

4 Hondius & Grigoleit (2011); Oosterhuis (2014); Momberg (2011).

5 Véase Smith (1936); David (1946); Momberg (2011); Nicholas (2013); Pietrancosta (2016); Benatti (2018).

6 Véase Cohn (1946); Hay (1961); Meinecke (1978); Dawson (1983); Zweigert & Kötz (1992); Zimmermann (2002); Rösler (2007); Ridder y Weller (2014).

7 Véase Macario (2006); Gabrielli (2019); Gallo (2019).

excesiva onerosidad (*eccessiva onerosità*). El legislador italiano propuso un modelo que empieza con un remedio de resolución del contrato ante la ocurrencia de una excesiva onerosidad, y le otorga al acreedor la posibilidad de ofrecer la adaptación del contrato como oposición a la resolución. Este esquema contractual se importó en Latinoamérica. Actualmente la excesiva onerosidad del legislador italiano se encuentra regulada, a manera de ejemplo, en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de Argentina, el artículo 672 del Código Civil de Paraguay, el artículo 581 del Código Civil de Bolivia y los artículos 478, 479 y 480 del Código Civil de Brasil. La excesiva onerosidad también fue importada en el Perú conforme a los artículos 1440-1446 de su Código Civil; sin embargo, el legislador peruano invirtió el procedimiento del legislador italiano para iniciar con una demanda de adaptación y le otorgó al acreedor la posibilidad de oponerse solicitando la resolución del contrato (una innovación del legislador peruano que convierte la excesiva onerosidad en inútil para quien la invoca).

Un dato importante es que la excesiva onerosidad procede ante dos supuestos: (1) incremento de costos en la prestación, o (2) devaluación de la contraprestación. El legislador peruano reguló ambos supuestos cuando señala que la adaptación puede consistir en la reducción de la renta o el aumento de la contraprestación. El legislador italiano solo habla de excesiva onerosidad, pero se entiende que abarca ambos supuestos. Por su parte, aunque el Código Civil de España no reconoce la excesiva onerosidad, el Tribunal Supremo ha reconocido desde hace muchos años hasta la actualidad la procedencia de la *rebus sic stantibus* tanto ante el incremento de costos de la prestación como frente a la devaluación de la contraprestación. Al respecto, es interesante prestar atención al comentario 2 del artículo 6.2.2 de los PICC, el cual señala que la devaluación de la contraprestación puede ocurrir por la frustración del propósito del contrato. Esto representa un importante nexo entre la doctrina civilista y la doctrina anglosajona que debe ser tomado en cuenta a efectos de definir cómo importar la *frustration of purpose* al Civil Law.

Así como hay países que regulan expresamente alguna teoría en específico, hay sistemas que no lo hacen y, a pesar de ello, la jurisprudencia tomó el mando del asunto. El protagonista en el uso de cláusulas generales ante el cambio de circunstancias siempre fue Alemania con la buena fe, y así ella sirvió de ejemplo a otras jurisdicciones, sobre todo cuando el ancla legal invocada era una cláusula general.

En España<sup>8</sup> no existe una norma que regule el cambio de circunstancias y, sin embargo, el Tribunal Supremo reconoció a la cláusula *rebus sic stantibus*, primero con efectos liberatorios y luego con efectos conservatorios del contrato. Entre los fundamentos que se utilizaron para este reconocimiento está la buena fe reconocida en los artículos 7 y 1258 de su Código Civil, así como la causa del contrato conforme al artículo 1274. La actual jurisprudencia española parece haber normalizado la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* conforme a las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 y 18 de enero de 2013, y 30 de junio y 15 de octubre de 2014, aunque parece haber dado un paso atrás conforme a las sentencias de fecha 11 y 19

<sup>8</sup> Véase Coderch (2009); Carrasco (2015); Parra (2015); Fernández Ruiz-Gálvez (2016); Albiñana (2018).

de diciembre de 2014. Es como un péndulo que se mueve de un lugar a otro, aunque algo queda claro: la adaptación del contrato ante el cambio de circunstancias es una acción (de fuente jurisprudencial) viable conforme al derecho español.

En Chile,<sup>9</sup> la teoría de la *imprévision* tampoco se encuentra reconocida en su Código Civil, y, sin embargo, la jurisprudencia chilena ha intentado darle reconocimiento. En el caso Guillermo Larraín Vial v. Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana (2006), la Corte de Apelaciones de Santiago permitió la adecuación del contrato ante el cambio de las circunstancias, al señalar que la prestación afectada con onerosidad no es la prestación debida conforme al contrato, pues exige el desenvolvimiento de un nivel de diligencia mayor y, como tal, no puede ejecutarse si no es adaptada, caso contrario se beneficiaría indebidamente al acreedor. A pesar de tal pronunciamiento, por el momento la Corte de Casación chilena no reconoce la imprevisión como tal. Al respecto, existe cierta aceptación en la doctrina chilena de que la adaptación del contrato es posible invocando cláusulas generales y principios como la buena fe, la prohibición del enriquecimiento sin causa, el abuso de derecho, así como las reglas generales de la responsabilidad contractual.

Finalmente, un caso híbrido lo podemos encontrar en Italia.<sup>10</sup> A pesar de que en 1942 se reconoció en el Codice Civile la *eccessiva onerosità*, ya desde 1932 la Corte di Cassazione (Cass., 15 de febrero de 1932, n.º 531) empezó a utilizar en su jurisprudencia la teoría de la *presupposizione* (presuposición), la versión italiana de la *Voraussetzung* de Windscheid, y aunque siempre se trató de un concepto muy debatido y controvertido en Italia, su uso por la jurisprudencia no paró después de 1942. Así, curiosamente, por un lado la *presupposizione* fue invocada para aplicarse a supuestos distintos de los regulados por la *eccessiva onerosità*, y por el otro se consideró que su base legal era la misma (el artículo 1467) que regula la *eccessiva onerosità*. Acá tenemos un caso en el que, a pesar de haberse reconocido una teoría específica en el respectivo Código Civil, la jurisprudencia reconoció otra teoría para aplicarla cuando el supuesto legal de la primera no encaja al caso concreto.

## 2.2. Common Law

A diferencia del Civil Law, el Common Law tiene una perspectiva más liberal frente al cambio de circunstancias.<sup>11</sup> Debemos partir de algunas premisas generales: (1) el respecto de la santidad contractual (*sanctity of contracts*); (2) la responsabilidad contractual absoluta (*absolute liability*); (3) el pago de daños (*damages*) como remedio preferente frente a la ejecución forzada (*specific performance*); y, (4) si las partes quieren una excusa, deben haberlo así pactado en el contrato.

Al respecto, es ilustrativo el desarrollo jurisprudencial de la doctrina de la *frustra-*

---

9 Véase Alcalde (2007); Momberg (2010); Aguad & Pizarro (2011).

10 Véase Momberg (2011); Gallo (2019).

11 Es liberal desde la perspectiva de los remedios procedentes, desde que la regla es que no procede la adaptación del contrato. Toda excusa contractual, entonces, tiene efectos liberatorios.



*tion* en el derecho inglés. Según *Paradine v. Jane* (1647),<sup>12</sup> todo aquel que ha asumido voluntariamente una obligación incondicional debe ejecutarla aunque se haya vuelto imposible, salvo que se haya pactado una salida al respecto.<sup>13</sup> Fue recién en *Taylor v. Caldwell* (1863) que Blackburn califica una excepción a la autoridad de *Paradine* basándose en la doctrina de los *implied terms*, por la cual las partes quedan liberadas del contrato si la cosa o persona que es la materia del contrato peca de manera sobrevenida y sin culpa de las partes. Aunque las partes no hayan pactado dicha salida, se considera que esta existe en el contrato; tanto es así que se encuentra implícita. Entonces, la labor de *implication* (búsqueda del término implícito) es parte de la interpretación contractual para encontrar la voluntad de las partes, la cual sería —hipotéticamente— quedar liberadas en caso de perecimiento de la persona o cosa. Así es como surge la doctrina de la *frustration*, como un supuesto concreto de imposibilidad sobrevenida.

Posteriormente, la doctrina de la *frustration* fue ampliada en virtud de *Krell v. Henry* (1903) y los conocidos *coronation cases*.<sup>14</sup> Varios contratos de arrendamiento se habían suscrito para visualizar la coronación de Edward VII. Sin embargo, y con posterioridad a la firma de estos contratos, se suspendió la coronación por enfermedad del Rey. Ante ello, varios contratos fueron a litigios, entre ellos, la demanda de *Krell* (propietario). *Henry* solo había dejado un depósito y quedaba pendiente el pago del saldo por concepto de renta. *Vaughan Williams* falló que también era un *implied term* la destrucción de la base (*basis*) o fundamento (*foundation*) del contrato, y que en el caso en concreto el contrato de arrendamiento consistía en ceder el uso del bien para ver la coronación y no solo el uso del bien, de manera que si no puede verse la coronación, ha desaparecido el propósito común de las partes.

En general, en el derecho inglés la doctrina de la *frustration* abarca supuestos de (1) imposibilidad física, (2) imposibilidad legal o ilegalidad sobrevenida (*supervening illegality*), y (3) frustración del propósito. Préstese atención que los dos primeros supuestos son casos de *frustration of performance*, a diferencia de la *frustration of purpose*, en la que la prestación es de posible ejecución, pero en donde dicha ejecución ha devenido en inútil al haber desaparecido la base o fundamento del contrato<sup>15</sup>.

A efectos terminológicos, el término *frustration* es usado de manera amplia por los ingleses para comprender diversos efectos entre sí. Por el contrario, los civilistas no usan el término *frustration* sino «imposibilidad», siendo *frustration of purpose* una novedad terminológica, aunque no necesariamente de fondo, pues tal doctrina no es totalmente extraña para el Civil Law, en tanto allí ya existen otras teorías que se le asimilan como la *cause*, la *Geschäftsgrundlage*, la *presupposizione* o la *eccessiva onerosità*.

Un dato importante a tomar en cuenta es que la doctrina de la *frustration* tiene

12 Véase *McElroy* (1941a); *MacMillan* (2008).

13 *Turner* (2014); *Burrows* (2018).

14 Véase *McElroy* (1941b); *McElroy & Williams* (1941c); *Beale, Bishop & Furmston* (2008); *McKendrick* (2014).

15 *Drachsler* (1957); *Smit* (1958); *Puelinckx* (1986).

efectos liberatorios y de todo el contrato. Otras consecuencias restitutorias o compensatorias de la *frustration* se encuentran reguladas por el Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. Pero no se admite la adaptación (modificación) del contrato (Schmitthoff, 1988, p. 415).<sup>16</sup> De manera más general, el derecho inglés no reconoce como tal el concepto de *force majeure* y mucho menos reconoce una doctrina que permita la adaptación frente a casos de excesiva onerosidad.<sup>17</sup>

Incluso, se considera que las cláusulas *hardship* con pacto de renegociación podrían ser consideradas como inejecutables (*unenforceable*) bajo el derecho inglés, desde que esta jurisdicción cuenta con obstáculos legales —arrastrados desde la etapa de tratativas— en virtud de lo señalado por Lord Ackner en *Walford v. Miles* (1992).<sup>18</sup> Los siguientes obstáculos podrían afectar el pacto de deberes generales de renegociación: (1) el reconocimiento de la posición adversarial de las partes en las tratativas, las cuales, teniendo intereses contrapuestos, solo deben velar por sus propios intereses; (2) la negativa de usar cláusulas generales como la buena fe precontractual; y, (3) la falta de certeza en el contenido de tales cláusulas generales y sus consecuencias. Aunque la renegociación contractual de buena fe es distinta a la negociación de buena fe en tratativas, la ideología del derecho inglés parece no ser un terreno fértil para un deber general de renegociación.<sup>19</sup>

Por el lado del derecho americano, a efectos prácticos la lógica es similar: el cambio de circunstancias solo tiene efectos liberatorios.<sup>20</sup> Las secciones §261 y §265 del Restatement (Second) of Contracts reconocen la *impracticability* y la *frustration of purpose* respectivamente sobre la base de la noción de la *basic assumption*, la cual no permite la adaptación del contrato. Si las partes desean algún remedio preservatorio deben pactarlo expresamente y, ante ello, una solución sería la inclusión de cláusulas de *force majeure* o *hardship*. Aunque debemos precisar que el *case law* americano —de manera similar al inglés— no otorga mayor soporte al reconocimiento de deberes de renegociación, salvo que sean expresamente pactados. Ello incluso sin perjuicio de la existencia de la buena fe en ejecución contractual (*performance* y *enforcement*) según la sección §205 del Restatement (Second) of Contracts.

Esto se debe a que la *good faith* no tiene el mismo poder e importancia que la buena fe en el Civil Law, donde existe cierto entendimiento de que la renegociación

16 A efectos terminológicos, es importante tener en cuenta que a veces los ingleses hablan de *adjustment*, pero no como sinónimo de adaptación del contrato sino para hacer referencia a efectos restitutorios o compensatorios (reembolso de gastos) con ocasión de la frustración del contrato.

17 Véase Twigg-Flesner (2020).

18 Véase García Long (2017).

19 Carwright (2009); Momberg (2011).

20 Véase Zundel (1982); Rauh (1996). Sin perjuicio de la procedencia de algún remedio restitutorio o el pago de *reliance damages*, de ser el caso. Sin bien ello es así tanto en el derecho inglés y americano, debemos tener en cuenta que la sección §204 del Restatement (Second) of Contracts permite —al menos en teoría— que el juez americano pueda fallar sobre un caso de *frustration of purpose* provyendo un término contractual si ello es necesario para evitar una situación injusticia. La adaptación también se encuentra reconocida según el comentario 6) de la sección §2-615 del Uniform Commercial Code. Sin embargo, la jurisprudencia americana, más allá del caso *Alcoa v. Essex Group* (1980), se mantiene reacia a proceder con la adaptación de un contrato.



surgiría como un deber específico de la buena fe, de manera que si la buena fe ya está reconocida legalmente, la imposición de la renegociación no sería —en teoría— un inconveniente.

Un dato interesante en el derecho americano es que, a pesar de que el Restatement haya reconocido a la *frustration of purpose* del derecho inglés, se considera que tal doctrina (1) no ha importado la doctrina inglesa de los *implied terms*, y por ello se prefirió la denominación *basic assumption*<sup>21</sup> y, (2) que la *frustration of purpose* no ha tenido realmente respaldo judicial por las altas cortes americanas, siendo a veces más un mito que una realidad en la experiencia americana.<sup>22</sup> Por otro lado, y respecto a la *impracticability*, la misma sí tiene presencia en las cortes americanas, aunque el estándar para liberar a las partes es uno alto y, como tal, tiene aplicación estrictamente excepcional.<sup>23</sup>

### 3. Práctica contractual

Fuera de las normas supletorias en virtud de las codificaciones civiles o las reglas del *case law*, en la práctica se han estandarizado diversas cláusulas que regulan efectos específicos que pueden surgir de un cambio de circunstancias. En la contratación internacional destacan las cláusulas de *force majeure* y *hardship*, mientras que en la contratación corporativa y financiera las cláusulas MAC y MAE.

#### 3.1. La cláusula de *force majeure*

El COVID-19 podría presentarse como un supuesto de imposibilidad que afecte temporalmente al contrato y lo suspenda, o lo afecte de manera definitiva y proceda su resolución. También podríamos estar ante imposibilidad parcial, en la que cabría la reducción de la contraprestación.

Fuera de las reglas supletorias que regulan la imposibilidad sobrevenida, las partes podrían pactar una cláusula de *force majeure*<sup>24</sup> que regule, de manera más compleja, procedimientos, deberes y remedios específicos: (1) listado de eventos que calificarán como supuestos de *force majeure*, (2) notificación del evento impeditivo, (3) suspensión del contrato mientras dura el evento impeditivo, (4) deber de mitigación de daños, (5) deber de realizar los mejores esfuerzos para superar el evento impeditivo y reanudar la ejecución contractual, (6) ampliación del plazo del contrato por el mismo tiempo de duración del evento impeditivo, y (6) resolución del contrato en caso el evento impeditivo se prolongue por cierto tiempo y no pueda ser superado, funcionando el vencimiento de dicho plazo como una guillotina que cae y corta el interés preservatorio de las partes para cambiar a un interés liberatorio del contrato.

---

21 Véase Walter (1987).

22 Conlen (1922); Rothschild (1932); Anderson (1953); Chapman (1960); Weiskopf (1996).

23 Brown (1975); Walter (1987); Camero (2015).

24 Declercq (1995); Draetta (1996); Bund (1998); Brunner (2018). Recientemente, véase Twigg-Flesner (2020); Cienfuegos (2020).

Las cláusulas de *force majeure* pueden ser específicas en el listado de los eventos desencadenantes o ser generales. Si son específicas, lo usual es que las partes no hayan incluido como supuestos a «epidemias, pandemias, enfermedades, cuarentena» o similares que puedan estar relacionados con el COVID-19. De acuerdo con un análisis realizado por Kira Systems, solo el 72 % de contratos revisados —94 de 130— contenían una cláusula de *force majeure*, de los cuales solo 13 consideraban como eventos de *force majeure* eventos de relacionados con la salud pública como epidemias, pandemias, enfermedades, plagas, emergencias y gripe (Tan, 2020). Sin embargo, a falta de nombramiento expreso, tales eventos podrían subsumirse en redacciones generales como «desastres, actos del gobierno u otros actos fuera del control de las partes».<sup>25</sup> Si el COVID-19 puede o no quedar comprendido dentro de este cajón de sastre dependerá del juez que resuelva el caso y la ley aplicable.

El COVID-19 ha tenido un impacto directo en los contratos chinos y, como era de esperarse, las autoridades chinas han sido las más interesadas en proteger a sus empresas. El 10 de febrero de 2020, Zang Tiewei del National People's Congress señaló que «for the parties who are unable to perform the contract, the epidemic is an unforeseeable, unavoidable and insurmountable force majeure. According to the Contract Law of the People's Republic of China, except otherwise provided by law, parties could be exempted from performing contracts in part or in whole due to the event of force majeure» (Liu, 2020; Yang, 2020).

De manera interesante, el China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT) anunció el 30 de enero de 2020 que emitiría *force majeure certificates* para ayudar a las empresas chinas a lidiar con eventuales conflictos con partes extranjeras en relación con las medidas de control dispuestas por el Gobierno.<sup>26</sup> Al 3 de marzo de 2020 se habían emitido 4811 de estos certificados que cubren contratos que valen más de \$53,79 billones<sup>27</sup>. Estos certificados dejan constancia de la ocurrencia del evento según dicha autoridad, pero no necesariamente son vinculantes para el contrato ni habilitan automáticamente la ejecución de algún remedio contractual. En algunos casos estos certificados emitidos por las autoridades competentes son requerimientos previos exigidos por el contrato para poder invocar la cláusula de *force majeure* en cuestión (Benavides, Morán & O'Brien, 2020).

Estos certificados pueden ser insuficientes frente a controversias internacionales, sobre todo en contratos bajo ley inglesa (que suele ser lo usual), desde que el derecho inglés no reconoce como tal el concepto de *force majeure* sino el de *frustration*. A menos que el contrato incluya una específica y detallada cláusula de *force majeure* y que en ella se incluya «epidemia, pandemia» o similar, no podrán excusarse de sus obligaciones y los certificados no serán de mucha ayuda (Lui, Chu, Whitehouse, Rota, Timms & Webster, 2020; Tan, 2020).

25 Véase Yang (2020); Den Held, Morgan, Hilgert y Gwynedd-Jones (2020); Tony Starr, Leonard y Prober (2020); Perrot, Knox y Rathbone (2020); Saxe y Mix (2020).

26 Véase Perrot, Knox y Rathbone (2020); Thoms (2020); Lui, Chu, Whitehouse, Rota, Timms y Webster (2020); Yang (2020); Renaud, Li y Santy (2020).

27 Tan (2020); Sarkodie, Chan, Harris & López (2020).

Por ejemplo, recientemente en febrero la empresa petrolera francesa Total rechazó una comunicación de fuerza mayor de una empresa china compradora de gas natural licuado (cuyo nombre no se declaró).<sup>28</sup> Por otro lado, se ha reportado que PetroChina alegó la fuerza mayor para intentar suspender algunos contratos de gas frente a sus proveedores (Aizhu & Jaganathan, 2020).

En el Perú recientemente se ha presentado algo similar a lo ocurrido en China. Mediante el Comunicado N° 005-2020-OSCE del 25 de marzo de 2020 sobre la ejecución de contratos en el marco de las normas que establecen medidas excepcionales para contener la propagación del COVID-19, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha señalado que: «La declaratoria de estado de emergencia nacional dispuesta mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisado con Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, constituye una situación de fuerza mayor que puede afectar los vínculos contractuales celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, tanto del lado del contratista como del lado de la Entidad contratante». Y al respecto, el OSCE propone que los mejores remedios son la suspensión y ampliación de plazos. Sin duda, tratándose de controversias nacionales, este pronunciamiento podría ser de ayuda para tener certeza en la ejecución de los contratos y evitar futuros litigios.

### 3.2. La cláusula *hardship*

También podría ocurrir que el COVID-19 vuelva más costosa la ejecución de una prestación, frente a lo cual —dependiendo de la ley aplicable— dará lugar a la resolución, adaptación o renegociación del contrato. Mientras que el legislador italiano propuso un procedimiento para la excesiva onerosidad que comienza con una demanda de resolución del contrato y otorga al demandado la posibilidad de oponer la adaptación, el legislador peruano reguló el procedimiento inverso. Otras jurisdicciones prefirieron darle la opción al deudor de elegir entre la resolución o la adaptación del contrato.

Actualmente la tendencia en el derecho de contratos (véase el modelo del legislador francés) se inclina a preferir por esquemas contractuales que inicien con una etapa de renegociación para que sean las mismas partes quienes definan el futuro de su propio contrato, el cual ellos conocen mejor que nadie, caso contrario, interviene el juez ante la falta de acuerdo.

Precisamente, este es el tipo de procedimiento contractual que se incorpora en las cláusulas *hardship*, el cual se presenta como un modelo que otorga certeza al definir un solo camino para corregir el desequilibrio económico, a diferencia de los derechos locales que cuentan con diversas rutas (*imprévision*, *Unmöglichkeit*, *Geschäftsgrundlage*, *excessiva onerosità*, *change of circumstances*, *impracticability*, *frustration*) para llegar al mismo destino.

El primer aspecto por discutir es la procedencia de la renegociación. La mayoría de los sistemas jurídicos no reconocen de manera expresa el deber general de renegociación del contrato. La solución ante tal ausencia es considerar que la buena fe

---

28 Véase Felix & Jaganathan (2020).

sería su fuente. Sin embargo, ello resulta insuficiente. Primero, la buena fe no tiene la misma fuerza en el derecho comparado. Mientras que en el Civil Law se podría considerar que existe la renegociación por la buena fe, en el Common Law este argumento es débil. Segundo, si estamos ante un sistema que reconoce expresamente la excesiva onerosidad y con un procedimiento previamente definido, no es posible que pueda anteponerse una etapa previa de renegociación cuando el legislador no lo ha previsto de esa manera. Tercero, en el ámbito práctico resulta difícil definir cómo se puede ejecutar un deber de renegociación contra una parte que tal vez no tenga ningún interés legítimo en negociar. Sería solo una simulación y pérdida de tiempo.

Ante tales dificultades, el pacto previo del deber de renegociación a través de la cláusula *hardship* podría evitar estos problemas.<sup>29</sup> Ya no se discutiría su procedencia, sería aplicable como primer paso para proceder a la corrección del desequilibrio económico y podría generar responsabilidad en caso de mala fe en la renegociación. Además, la cláusula *hardship* define cuál es la consecuencia jurídica en caso las partes no lleguen a un acuerdo después de la renegociación o en caso una de ellas se rehúse a renegociar. Esta es la parte más importante de la cláusula *hardship*. Sin dicha previsión, la existencia de una renegociación carece de sentido (Schmitthoff, 1988, p. 420).

De esta manera, a diferencia de las codificaciones civiles que regulan la excesiva onerosidad como un remedio judicial que comienza con una demanda de resolución o adaptación, la cláusula *hardship* define un procedimiento que empieza extrajudicialmente con la ejecución de una etapa de renegociación que les otorga a las partes una última oportunidad para que sean ellas mismas las que resuelvan su controversia antes de que intervenga un juez o árbitro para decidir sobre el futuro del contrato.

Vale mencionar que a través de la cláusula *hardship* también se podría disponer la intervención de un tercero experto. Esta podría ser una alternativa útil si la ley aplicable no le otorga al juez o árbitro el poder para adaptar el contrato, como ocurre en el derecho inglés. Ello también podría evitar discusiones en el ámbito arbitral respecto al poder de los árbitros para adaptar el contrato, sobre todo si después de una renegociación de buena fe no se llega a un acuerdo y se pueda concluir que allí exista una «controversia» que pueda ser sometida a arbitraje.

Lo más moderno sobre cláusula *hardship* se encuentra en el ICC Hardship Clause 2020, que actualizó la versión de 2003 y que cuenta —al igual que la versión anterior— con tres párrafos. El primer párrafo define la premisa del *hardship*: el contrato se ejecuta en sus términos originales aunque se haya vuelto más oneroso. La sola onerosidad no es excusa para el incumplimiento. La diligencia exige al deudor ejecutar la prestación aunque para ello deba asumir un mayor costo.

El segundo párrafo señala en qué supuesto sí procede el *hardship*: (1) cuando se trata de una onerosidad excesiva sobrevenida, (2) por eventos fuera del control razonable, (3) que no pudieron razonablemente ser previstos al momento de la suscripción del contrato, y (4) que no pudieron razonablemente ser evitados o su-

29 Tallon (2004); Brunner (2009); Dewez, Ramberg, Momberg, Cabrillac & San Miguel Pradera (2011); Fontaine (2018); Benatti (2020).

perados. Si esto ocurre, las partes están obligadas a entrar en negociaciones para solucionar la excesiva onerosidad.

El tercer párrafo es el más interesante, y es lo que representa la novedad de este modelo de cláusula *hardship*. Dicho párrafo presenta tres opciones de cómo corregir el desequilibrio económico para que sean las mismas partes quienes elijan y decidan cuál les conviene para su contrato:

3A Party to terminate	3B Judge adapt or terminate	3C Judge to terminate
Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to terminate the contract, but cannot request adaptation by the judge or arbitrator without the agreement of the other party.	Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided for in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract with a view to restoring its equilibrium, or to terminate the contract, as appropriate.	Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to declare the termination of the contract.

El tercer párrafo regula cómo proceder en caso las partes no se pongan de acuerdo sobre el futuro del contrato en la etapa de renegociación. El modelo propone tres alternativas: (1) que la parte que invoca la cláusula pueda terminar extrajudicialmente el contrato; o (2) que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez o árbitro la resolución o la adaptación, lo que sea más apropiado (esta es la opción que sigue el legislador francés y el *soft law*); o, (3) que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez o árbitro la resolución judicial del contrato.

El modelo de la ICC Hardship Clause 2020 se presenta como una mejor opción al esquema procedimental propuesto por el legislador francés en el sentido de que le otorga a las partes la posibilidad de definir de antemano cómo preferirán corregir la materialización del riesgo de desequilibrio económico, en lugar de permanecer atadas a un único procedimiento definido por ley.

Al respecto, los Principios OHADAC también otorgan gran flexibilidad en su modelo de *hardship* a diferencia de las jurisdicciones nacionales. El artículo 6.3.1 regula a la *hardship* desde una perspectiva anglosajona al prescindir de la etapa de renegociación y al no reconocer la posibilidad de solicitar la adaptación. En virtud del modelo de la OHADAC, si concurren los presupuestos de la *hardship*, entonces la parte invocante puede resolver el contrato. Este modelo se parece a la versión de 2003 de la ICC Hardship Clause, pero sobre todo al modelo del legislador italiano conforme al artículo 1467 del Codice Civile.

Sin embargo, adicional a la regulación del artículo 6.3.1, la OHADAC reconoce que finalmente son las partes las que decidirán qué modelo de *hardship* se acomoda mejor a su contrato, y por ello propone cuatro modelos específicos de cláusula

*bardship*, de las cuales tres de ellas pueden considerarse más afines al Civil Law al permitir la renegociación y la adaptación del contrato por un árbitro.

Un típico caso de *bardship* que podría surgir del COVID-19 sería aquel derivado de las restricciones a la circulación aérea, marítima o terrestre. Si un contrato de suministro implicaba la entrega de los materiales, lo cual podía realizarse por tierra, pero luego el Gobierno cierra las carreteras, entonces el deudor podría alegar que el único medio de transporte que podría utilizar sería el aéreo pero ello le generaría excesiva dificultad.

### 3.3. La cláusula MAC/MAE

La cláusula MAC (*Material Adverse Change*)<sup>30</sup> es uno de los típicos casos de cláusulas *standard and boilerplate* de origen americano que se ha globalizado en la contratación corporativa y financiera alrededor del mundo. Su uso se encuentra especialmente difundido en la compra de empresas (*Mergers and Acquisitions* – M&A) y en contratos de financiamiento, sin perjuicio de que la misma pueda ser utilizada en otro tipo de contratos cuando sea pertinente.

La cláusula MAC consiste en una definición de lo que es un «Material Adverse Change» (o «Cambio Sustancialmente Adverso»), siendo tal definición general, ambigua y circular al señalar que un «Cambio Sustancialmente Adverso» es todo «hecho, cambio, efecto, circunstancia o acontecimiento que genere un cambio sustancialmente adverso en los activos, pasivos, negocios, resultado de operaciones o proyecciones del target y sus subsidiarias tomadas como un todo». Entonces, un MAC es un MAC, y su contenido deberá analizarse en el caso concreto.

La definición del término «Material Adverse Chance» es utilizada en diversas partes del contrato, siendo sus principales manifestaciones las siguientes: (1) *MAC condition*, cuando la ausencia de un MAC se pacta como condición precedente con alcance general; (2) *MAC representation*, cuando la ausencia de un MAC se pacta como objeto de una declaración, la cual a su vez se pacta como objeto de una condición; (3) *MAC qualifier*, cuando delimita cualitativamente el ámbito de aplicación de otras cláusulas, entre ellas, las declaraciones y obligaciones, señalando que solo habrá incumplimiento si a su vez se genera un MAC.

Dependiendo de la etapa contractual, el remedio que se desencadenará ante la ocurrencia de un MAC será la terminación del contrato (cuando estemos entre la firma y el cierre) o la ejecución de los *indemnities* pactados (cuando estemos en la etapa post-cierre).

Como tal, el MAC está enfocado en las afectaciones que pueda sufrir el target (empresa objetivo que se pretende comprar), sobre todo en la etapa pre-cierre. En operaciones de M&A es común distinguir entre firma (*signing*) (suscripción de un contrato válido pero aún ineficaz y/o inexigible) y cierre (*closing*) (cuando las partes proceden a ejecutar sus obligaciones principales previo cumplimiento de las con-

---

30 Véase García Long (2016).



diciones precedentes pactadas). La intención de las partes es asignar el riesgo del deterioro del valor del target durante este intervalo de tiempo. El contrato solo se cerrará si se cumplen todas las condiciones precedentes, entre ellas, la ausencia de un MAC a la fecha de cierre, lo cual significa que nada malo haya afectado el valor del target. Por ello, el remedio es la terminación del contrato (aunque en la práctica este derecho es utilizado para exigir una renegociación extrajudicial).

La definición de un MAC cuenta con una estructura contractual básica: (1) el ámbito de aplicación o MAC *objects*, donde se define en qué aspectos del target debe ocurrir el MAC; (2) excepciones, donde se listan los casos que no darán lugar a la ocurrencia de un MAC; y, (3) excepciones a las excepciones, donde se califican las excepciones para que las mismas no sean aplicables en ciertos casos (a través del calificador «materialmente desproporcional») y, en consecuencia, se pueda alegar el MAC.

Usualmente se suele distinguir entre MAC y MAE (*Material Adverse Effect*). Mientras que el primero hace referencia a un cambio, el segundo alude al efecto. Sin perjuicio de esta distinción que puede ser muy relevante para decidir el futuro del contrato en un caso concreto (ya que si se depende del efecto entonces un cambio por sí solo es insuficiente), lo cierto es que en la práctica de M&A el MAC y el MAE son usados de manera indistinta por la forma cómo se pacta la definición. En la definición del MAC se incluye tanto al cambio como al efecto, mientras que en la definición del MAE se incluye tanto al efecto como al cambio. Si la estructura contractual del MAC es similar a la del MAE, entonces a efectos prácticos son indistintos. El uso del acrónimo MAC o MAE dependerá del gusto del abogado que redacta la cláusula.

¿Cómo se aplica el MAC de M&A?<sup>31</sup> A manera de ejemplo, si una aerolínea había suscrito un contrato de fusión para ser adquirida, pero después de la firma y antes del cierre del contrato la empresa se devalúa por los efectos del COVID-19 (baja cotización, reducción de ventas, crisis económica), el comprador podría alegar la ocurrencia de un MAC en la aerolínea —tal vez en sus negocios, resultados de operaciones o proyecciones— y negarse a cerrar la operación.

Ante la ausencia de un MAC, las partes podrían invocar la excesiva onerosidad conforme al derecho aplicable. Si el target se devalúa en exceso, el comprador pagaría un precio de más. Este sería un caso de excesiva onerosidad por devaluación de la contraprestación o excesiva onerosidad inversa. Según sea el modelo recogido por el derecho aplicable, el comprador podría demandar la adaptación o la resolución del contrato.

Sin embargo, el pacto del MAC es más conveniente en operaciones de M&A por lo siguiente: (1) es extrajudicial, a diferencia de la excesiva onerosidad que es judicial (en los casos que se haya seguido el modelo del legislador italiano); (2) define con mayor precisión su ámbito de aplicación, a diferencia de la excesiva onerosidad que solo señala que debe ocurrir un evento extraordinario e imprevisible que genere una excesiva onerosidad sobrevenida; (3) define con mayor precisión los remedios aplicables, a diferencia de los derechos nacionales que manejan diferentes modelos, algunos que permiten a la parte invocante demandar la resolución, o la adaptación o la posibilidad de elegir entre la resolución o la adaptación; (4) tiene mayor versatilidad al poder ser usada en diferentes partes del contrato; y, (5) está

31 Véase Jennejohn, Nyarko y Talley (2020).

enfocada especialmente para corregir el cambio de circunstancias en compras de empresas y, como tal, regula de manera más específica los cambios que puedan reducir el valor de la empresa, a diferencia de la excesiva onerosidad que contiene un ámbito de aplicación general.

El MAC también se usa en contratos de financiamiento<sup>32</sup>. A diferencia del MAC de M&A, en financiamientos sí existe una diferencia práctica entre MAC y MAE por la forma cómo ambos se pactan. En un MAC de M&A el comprador —la parte en cuyo favor se pacta el MAC— asume el riesgo de cambios generales o sistémicos, de manera que si se verifica algún cambio material adverso en la economía, mercados de capitales, política, derecho aplicable, principios de contabilidad generalmente aceptados, entre otros similares, no se podrá alegar el MAC salvo que se haya pactado una excepción a la excepción. Se considera que en un contrato de ejecución instantánea el comprador debe asumir los riesgos exógenos (Gilson & Schwartz, 2005). Por el contrario, la lógica es distinta en contratos de duración como los financiamientos.

En un préstamo corporativo, el banco busca protección frente a cualquier alteración del riesgo de *default*. El banco se compromete legalmente a desembolsar el capital y a hacerlo de manera periódica en cuotas a lo largo del tiempo, siempre y cuando el riesgo de *default* no cambie de manera adversa en el futuro. Por ello, suele pactar condiciones precedentes a la fecha de firma y a la fecha de cada desembolso. Entre ellas, que las condiciones de mercado no sean adversas. Este riesgo es trasladado del banco al prestatario a través del MAC, conocido también como Market MAC. El remedio aplicable es la suspensión del contrato.

Por el contrario, el MAE se enfoca en riesgos específicos relacionados con el prestatario y la operación de financiamiento. El MAE de financiamientos regula los cambios o efectos adversos en (1) la capacidad de pago del prestatario, (2) la validez y exigibilidad de los documentos de financiamiento, (3) la ejecutabilidad de las garantías, y (4) el ejercicio de los remedios del banco. El remedio aplicable es la suspensión del contrato o la terminación del mismo (si el MAE, a su vez, fue pactado como un Evento de Incumplimiento).

¿Cómo se aplica el MAC de financiamientos? Pensemos en una aerolínea que tenía un contrato de préstamo suscrito con un banco. La cuarentena y el cierre de las fronteras producto del COVID-19 generan un impacto directo en los ingresos de la aerolínea. Si las personas no pueden salir de su casa y del país, la aerolínea no recibirá ingresos a corto-mediano plazo. Esto afectará la capacidad de pago del prestatario y podría desencadenar un MAE en favor del banco para suspender el préstamo o incluso acelerar el mismo si la ocurrencia de un MAE también califica como un Evento de Incumplimiento. También, dado que la crisis sanitaria se convierte en una crisis económica, el banco podría alegar este cambio adverso general para invocar un Market MAC y suspender el préstamo.

Ante la ausencia de un Market MAC o MAE, el banco podría acudir a las normas supletorias del derecho aplicable, entre ellas, las que permiten la suspensión del contrato o el vencimiento anticipado de los plazos contractuales. Sin embargo, estas reglas tienen un ámbito de aplicación general y, como tal, no han sido hechas de

---

32 Véase Manzanares (2016); Molina (2013); García Long (2019).



manera específica para operaciones financieras complejas. Adicionalmente, debemos tener en cuenta que las normas del contrato de mutuo se aplican tanto para préstamos de dinero como para bienes consumibles. Entonces, su regulación no se ajusta a las necesidades de las finanzas corporativas. Por ello, el contrato de préstamo corporativo tiene como principal fuente el pacto de las partes, teniendo una estructura contractual ya estandarizada en la práctica.

#### **4. COVID-19: ¿imposibilidad, excesiva onerosidad o frustración del propósito?**

La alegación exitosa del COVID-19 como excusa contractual dependerá del tipo de contrato, la regla específica aplicable (legal o convencional) y los hechos del caso bajo análisis, siendo los hechos tal vez lo más importante a efectos de determinar qué vía legal se puede alegar. El derecho ya lo conocemos. Son los hechos los que condicionarán cuál es el derecho que será el aplicable.

La respuesta es un «dependerá» porque —como hemos explicado— el cambio de circunstancias (1) genera distintos efectos (imposibilidad física, ilegalidad sobrevinida, sobrecosto en la ejecución de la prestación, pérdida del valor de la contraprestación, frustración del propósito); (2) para cada efecto se han propuestos teorías distintas (imprevisión, base del negocio, excesiva onerosidad, frustración, impracticabilidad); (3) no existe una teoría unificadora ni denominación que abarque a todos los efectos; y, (4) el efecto en cuestión puede dar lugar a diferentes remedios (resolución, suspensión, ampliación de plazos, adaptación, renegociación).

Entonces, dependerá de cuál sea el interés de la parte afectada para determinar qué institución contractual le conviene y le es viable invocar, y dicho interés estará directamente vinculado con el remedio procedente. Si al deudor le interesa la resolución del contrato, entonces deberá analizar si en virtud de su contrato puede invocar alguna teoría con efectos liberatorios (como la imposibilidad sobrevinida), caso contrario, si le interesa seguir con el contrato, deberá verificar si es posible aplicar alguna institución que prefiera por los remedios preservatorios sobre los extintivos (como la excesiva onerosidad).

Al respecto, han surgido diversas opiniones. Mientras que algunos pretenden darle carácter de blanco y negro a las cosas (si hay imposibilidad no puede haber excesiva onerosidad), otros prefieren reconocer que las instituciones del cambio de circunstancias interactúan entre ellas y, como tal, cuando se analiza un caso concreto no queda claro cuál institución podría alegarse, sobre todo si en un mismo caso pueden coincidir más de una, como ocurre con la fuerza mayor y la excesiva onerosidad, o la excesiva onerosidad con la frustración del propósito.

Por ejemplo, los comentarios a los PICC señalan, por un lado, que en un caso concreto podrían concurrir la fuerza mayor y la excesiva onerosidad, y que dependerá de la parte perjudicada decidir por cuál invocar<sup>33</sup>, y por otro lado, que la ex-

---

33 Comentario 6 al artículo 6.2.2 de los PICC: «In view of the definitions of hardship in this Article and force majeure in Article 7.1.7, under the Principles there may be factual situations which can at

cesiva onerosidad por devaluación de la contraprestación puede ocurrir por frustración del propósito.<sup>34</sup> En otras palabras, las instituciones contractuales se encuentran separadas en teoría pero unidas en la práctica.

La práctica internacional es un buen ejemplo para evidenciar no solo la concurrencia e interacción entre estas instituciones, sino sobre todo para apreciar un interesante fenómeno hacia la unificación de los presupuestos —o tal vez surgimiento de presupuestos generales— para invocar la fuerza mayor, la excesiva onerosidad y la frustración del propósito.

La CISG no regula expresamente una doctrina sobre la excesiva onerosidad. Su artículo 79 solo regula la fuerza mayor. A pesar de ello, siempre existió el debate en torno a si era posible interpretar el artículo 79 de manera amplia para que sirva también para invocar a la excesiva onerosidad. Mediante el CISG Advisory Council Opinion N° 7 de octubre de 2007 se confirmó dicha posibilidad en teoría, siendo posteriormente confirmada en la práctica por la Corte de Casación (*Hof van Cassatie*) de Bélgica en *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* (2009). Esto quiere decir que los mismos presupuestos que sirven para invocar la fuerza mayor sirven para invocar a la excesiva onerosidad.

Los Principios OHADAC regulan en su artículo 7.1.8 la fuerza mayor y en el 6.3.1 a la excesiva onerosidad, ambos con presupuestos similares. Ambas regulaciones hacen referencia a que el evento debe estar fuera del control razonable, que no haya podido ser tomado en cuenta al momento de la celebración del contrato, que se trate de un riesgo no asumido y que sea irresistible.<sup>35</sup> A su vez, el artículo 6.3.2 regula la frustración del propósito, el cual solo señala que «The rule of the preceding article will also be applied to the cases where the events in question lead to a substantial frustration of the contract's purpose, when both parties have assumed such purpose». En otras palabras, el artículo 6.3.1, que regula la excesiva onerosidad, también

---

the same time be considered as cases of hardship and of force majeure. If this is the case, it is for the party affected by these events to decide which remedy to pursue. If it invokes force majeure, it is with a view to its non-performance being excused. If, on the other hand, a party invokes hardship, this is in the first instance for the purpose of renegotiating the terms of the contract so as to allow the contract to be kept alive although on revised terms».

34 Comentario 2 al artículo 6.2.2 de los PICC: «The second manifestation of hardship is characterised by a substantial decrease in the value of the performance received by one party, including cases where the performance no longer has any value at all for the receiving party. The performance may relate either to a monetary or a non-monetary obligation. The substantial decrease in the value or the total loss of any value of the performance may be due either to drastic changes in market conditions (e.g. the effect of a dramatic increase in inflation on a contractually agreed price) or the frustration of the purpose for which the performance was required (e.g. the effect of a prohibition to build on a plot of land acquired for building purposes or the effect of an export embargo on goods acquired with a view to their subsequent export).

Naturally the decrease in value of the performance must be capable of objective measurement: a mere change in the personal opinion of the receiving party as to the value of the performance is of no relevance. As to the frustration of the purpose of the performance, this can only be taken into account when the purpose in question was known or at least ought to have been known to both parties».

35 En el caso de la irresistibilidad, el presupuesto es formulado de manera distinta. En la fuerza mayor la irresistibilidad se refiere a la imposibilidad, mientras que en la excesiva onerosidad a la no posibilidad de evitar o superar el evento o sus consecuencias.

sirve para invocar la frustración del propósito.

Por su parte, el ICC Force Majeure Clause 2020 regula los mismos presupuestos que el ICC Hardship Clause 2020. Ambas cláusulas señalan como presupuestos: (1) que el evento esté fuera del control razonable de la parte invocante, (2) que no haya podido ser razonablemente tomado en cuenta al momento de la suscripción del contrato, y (3) que el evento o sus consecuencias no hayan podido razonablemente ser evitadas o superadas.

Tampoco olvidar propuestas legislativas como la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (2009) de España, la cual regula de manera conjunta la excesiva onerosidad y la frustración del propósito en su artículo 1213.

En el Common Law, cabe destacar la formulación unitaria en el derecho americano de la *impracticability* y la *frustration of purpose* sobre la noción del *basic assumption*, conforme a las secciones §261 y 265 el Restatement (Second) of Contracts, cuyas redacciones son gemelas. Como también cabe resaltar la formulación unitaria en el derecho inglés, según el *case law*, para los casos de *frustration*, que a pesar de involucrar casos de imposibilidad y de no imposibilidad, ambos se regulan bajo la noción del *radically different test*.

Al final, a pesar de que las codificaciones civiles nacionales empezaron regulando presupuestos distintos para alegar la fuerza mayor y la excesiva onerosidad, en la práctica estos presupuestos han ido evolucionado hacia la misma dirección, de manera que actualmente podemos observar la presencia de los mismos presupuestos para invocar tanto la fuerza mayor como la excesiva onerosidad: (1) que el evento esté más allá del control del deudor, (2) que no haya podido ser tomado en cuenta al momento de la suscripción del contrato, (3) que no haya podido evitar o superar el evento o sus consecuencias, y (4) que no se haya asumido el riesgo.

Entonces, los mismos presupuestos generales puedan dar lugar a efectos distintos. Esto quiere decir que la distinción entre efectos (fuerza mayor y excesiva onerosidad) no justificaría —a su vez— la distinción entre presupuestos.

Así mismo, si la frustración del propósito estará subsumida en la excesiva onerosidad por devaluación de la contraprestación, esto significa que se invocará en virtud de los mismos presupuestos, sin perjuicio de que el efecto pueda ser distinto.

En conclusión, tenemos tres efectos distintos (imposibilidad, excesiva onerosidad y frustración del propósito) que pueden invocarse ante la concurrencia de los mismos presupuestos.

Esto explica cómo las diferencias instituciones del cambio de circunstancias pueden concurrir en un mismo supuesto y confundirse entre ellas. Usemos como ejemplo el caso de un contrato de arrendamiento para restaurante.

Si un arrendatario usa un local para desarrollar su negocio de restaurante y con ocasión del COVID-19 se declara la cuarentena, lo cual le impide hacer uso del local, ¿qué podría hacer con su contrato? En principio, no podría alegar imposibilidad física, pues la misma se enfoca en la prestación del deudor y, en el caso del arrendatario, su prestación es el pago de la renta, el cual no se ha vuelto imposible.

Por el contrario, sí cabría alegar ilegalidad sobrevenida, pues ahora el arrendatario no puede usar el local como restaurante al haberse prohibido por un hecho del

príncipe el desarrollo de tal actividad mientras dure la cuarentena. En este caso, la imposibilidad legal sobrevenida no afecta directamente una prestación en concreto sino el objeto del contrato, el cual se habría convertido en temporalmente ilícito. Si una ley prohíbe temporalmente la apertura de los restaurantes, no interesa si el arrendatario puede físicamente pagar la renta o si el propietario puede físicamente entregar el bien y mantener al arrendatario en el uso del mismo. Mientras dure la prohibición, el contrato estará suspendido.

Fíjese que una ilegalidad sobrevenida que afecta el uso que se le puede asignar a un bien funciona de manera similar a la frustración del propósito. La gran diferencia entre alegar el uno o el otro es el remedio aplicable. Si al arrendatario le interesa resolver el contrato y la imposibilidad no es una alternativa porque no hay imposibilidad física que se lo permita, y en todo caso la ilegalidad sobrevenida solo le permite suspender el contrato, entonces podría argumentar que lo que ha ocurrido en su caso concreto es la frustración del propósito y, como tal, que procede la liberación. Esta frustración se produciría porque ahora el local no puede ser explotado para el uso que formó la base sobre la cual las partes suscribieron el contrato.

Finalmente, así como puede existir similitud entre la ilegalidad sobrevenida y la frustración del propósito, existe parentesco entre la frustración del propósito y la excesiva onerosidad por devaluación de la contraprestación. El arrendatario, en vez de señalar que se ha frustrado el uso del bien como restaurante, podría argumentar que su renta se ha vuelto excesivamente onerosa porque alquiló un local para darle el giro de restaurante pero que ahora solo puede usarlo como depósito de los insumos, mobiliario y otros. Ante ello, podría solicitar la adaptación para reducir la renta.

La alegación de la excesiva onerosidad podría servir como defensa en favor del propietario para oponerse a la pretensión de resolución o suspensión del arrendatario, al señalar que el caso debe tratarse como uno de excesiva onerosidad y, en consecuencia, que el arrendatario debe seguir pagando la renta aunque reducida.

Este ejemplo demuestra cómo en un caso concreto pueden interactuar diversas instituciones sobre el cambio de circunstancias, y que si bien en teoría las instituciones pueden diferenciarse, en la práctica suelen confundirse. Solo el análisis del caso concreto según sus propios hechos nos permitirá concluir bajo qué teoría es viable encuadrar el caso.

## **5. Contratos protagonistas**

### **5.1. Contrato de arrendamiento comercial**

Ahora, ¿qué dice la regulación peruana sobre el contrato de arrendamiento?, ¿quién debe asumir el riesgo de la explotación del bien en tiempos de pandemia?<sup>36</sup> Esta-

---

<sup>36</sup> En el Perú, ya varios comentaristas se han pronunciado sobre la aplicación del cambio de circunstancias en los contratos de arrendamiento con ocasión del COVID-19. Véase Ninamancco Córdova (2020a); Ninamancco Córdova (2020b); Mejorada Chauca (2020); Pasco Arauco (2020); Tamani (2020); Vega Mere (2020a); Vega Mere (2020b); Vega Mere (2020c); León (2020). Véase también San Martín

mos ante el supuesto en que la pandemia afecta a un contrato de arrendamiento en curso. Desde la perspectiva del arrendatario el panorama parece claro. No puede alegarse la imposibilidad en relación con la renta ni excesiva onerosidad por incremento del costo de la renta. La renta realmente no ha sido afectada. La dificultad que pueda sufrir el arrendatario para pagar la renta debido a la falta de ingresos producto del aislamiento social obligatorio no es una excusa contractual. No forma parte ni de la imposibilidad ni de la excesiva onerosidad.<sup>37</sup>

Diferente es el escenario en el que el arrendatario pueda alegar excesiva onerosidad de la renta por devaluación de la contraprestación en caso el uso que ahora le pueda dar al bien en tiempos de pandemia sea uno de menor valor al uso pactado en el contrato. Si el valor del uso disminuye, entonces el arrendamiento estaría pagando una renta de más por el uso. En este caso, podría solicitar la adaptación del contrato para reducir la renta.

Ahora, la mayor discusión en el derecho peruano surge cuando se mira el problema desde la perspectiva del propietario, sobre el cual recaen dos obligaciones: (1) entregar la posesión del bien, y (2) mantener al arrendatario en el uso del bien. Dichas obligaciones se encuentran reguladas en el artículo 1679 y 1680(1) del Código Civil peruano:

Artículo 1679.- Entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso.

Artículo 1680.- También está obligado el arrendador:

1.- A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.

Al respecto, se discute quién debe asumir el riesgo de explotación comercial del bien ante el aislamiento social obligatorio. Una primera postura considera que el propietario no solo debe entregar la posesión del bien para que el arrendatario pueda usarlo, sino que también debe garantizar que el arrendatario puede usar el bien para el uso comercial pactado, lo cual se desprendería del artículo 1680(1) cuando señala que el propietario está obligado «a mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato».

Por el contrario, otra lectura considera que la obligación a la que hace referencia el artículo 1680(1) es una de no molestar: el propietario debe entregar el bien al arrendatario y no perturbarlo en su uso y disfrute pacífico (lo cual incluye el mantenimiento). Entonces, si el propietario ya entregó el bien y luego inicia el aislamiento social obligatorio, entonces no habría alguna obligación a cargo del propietario que haya sido afectada, pues antes del inicio del aislamiento social obligatorio el propietario ya habría entregado el bien y durante la cuarentena no estaría obstruyendo al arrendatario en el uso del mismo.<sup>38</sup> En este escenario, si el propietario ya cumplió y viene cumpliendo, y es el arrendatario quien se encuentra usando el bien, entonces

---

(2020); Vaissier y Swaminathan (2020).

37 Véase Momberg (2020); León (2020, p. 26).

38 Véase León (2020, p. 25).

el riesgo de explotación comercial es del arrendatario salvo que expresamente haya sido trasladado al propietario. Esto se desprende tanto de una voluntad hipotética de las partes como del análisis de quién puede internalizar el riesgo al menor costo. Entonces, el arrendatario debe pagar la renta completa aunque no pueda explotar comercialmente el bien debido al aislamiento social obligatorio.

Lo cierto es que ambas soluciones parecen inadecuadas. El arrendatario no debería asumir el pago de la totalidad de la renta si no puede usar el bien para el uso comercial y si además no tiene la culpa de ello, al igual como el propietario no debería dejar de percibir la totalidad de la renta por un evento que ha ocurrido sin su culpa. El mejor escenario es llegar a un punto medio que permita la conservación del contrato a través de la reducción de la renta. Legalmente, esto sería posible si el caso concreto logra encuadrarse como uno de imposibilidad parcial del propietario y en el que no proceda la resolución sino la reducción. Fuera de esta solución, la renegociación extrajudicial y espontánea siempre será la mejor alternativa para que las mismas partes solucionen su controversia sin necesidad de limitarse a lo que diga expresamente la ley.

Al respecto, tratándose del debate sobre quién debe soportar el riesgo de explotación del local comercial, es pertinente considerar la doctrina de la *frustration of purpose*. Esta doctrina de origen anglo-inglesa se enfoca en la desaparición sobrevenida de la base o fundamento del contrato que existía al momento de la suscripción, que en el contexto de un arrendamiento comercial consistiría en la posibilidad de usar el bien para el uso pactado, tal y como ocurrió en el caso *Krell v. Henry* (1903), en el que Henry dejó de pagar la renta por el alquiler del balcón porque el Rey se enfermó y se canceló la coronación. Entonces, si Henry no puede ver al Rey se dice que el arrendamiento perdió su propósito «común».

Si la doctrina de la *frustration of purpose* estuviera reconocida en las codificaciones civiles del Civil Law, podría dar una respuesta directa y clara frente a los arrendamientos afectados por el aislamiento social obligatorio. Su aplicación no sería complicada. Si se pactó cierto uso comercial y este no puede ser explotado de manera sobrevenida, de estar reconocida la *frustration of purpose* el riesgo de explotación recaería sobre el propietario, de manera que el arrendatario podría resolver el contrato. Así se evitaría mayor discusión sobre si es aplicable la fuerza mayor o la excesiva onerosidad.

Ahora, esto no quiere decir que la *frustration of purpose* sea ajena al Civil Law. Diversas doctrinas civilistas se asemejan mucho a la doctrina inglesa como la causa francesa, la base del negocio alemana, la excesiva onerosidad y presuposición italiana. Por el momento, es pertinente resaltar la excesiva onerosidad, la cual ha sido importada por diversos sistemas jurídicos del Civil Law. Mientras que algunos sistemas permiten invocarla judicialmente para resolver el contrato, otras permiten solicitar la adaptación, incluso algunas le otorgan la opción al deudor de elegir entre la resolución o la adaptación. Si en el sistema jurídico en concreto no hay discusión respecto a la procedencia de la excesiva onerosidad por devaluación de la contraprestación, y el remedio procedente es la resolución, entonces podría invocarse la excesiva onerosidad para que en la práctica funcione como la *frustration of purpose*. Debemos señalar que esta alternativa no sería posible conforme al derecho peruano



desde que la excesiva onerosidad se acciona vía una demanda de adaptación.

Finalmente, si el derecho privado resulta insuficiente o inadecuado frente a tiempos de pandemia, el Estado podría evaluar la mejor manera de intervenir a efectos de asegurarse de que las instituciones de derecho privado no produzcan resultados contraproducentes (en efecto, y a manera de ejemplo, en diversos países se han emitido leyes especiales y de urgencia para suspender el pago de la renta en contratos de arrendamiento). Como regla, el Estado no puede intervenir en contratos privados. Pero si se da el caso excepcional de que son miles los contratos privados del mismo tipo (en este caso, arrendamiento) que se han visto afectados por el mismo hecho (el aislamiento social obligatorio), se justificaría que el Estado defina una regla clara para todos.

Esta preocupación ha sido advertida por el European Law Institute (ELI)<sup>39</sup> y la respectiva emisión de sus «ELI Principles for the Covid-19 crisis», cuyo artículo 13 señala lo siguiente en relación a la fuerza mayor y la excesiva onerosidad:

- (1) Where performance of a contract is temporarily or definitively prevented directly or indirectly due to the COVID-19 outbreak or States' decisions taken in relation to the COVID-19 outbreak, States should ensure that existing law on impossibility or force majeure applies in an effective way, and provides reasonable solutions. In particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regimes and the principle of good faith.
  - (2) Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation.
- [...]

## 5.2. Contrato de educación

El contrato de educación no es un contrato de fines exclusivamente privados. Hay contratos que solo involucran intereses privados y, como tal, los costos y beneficios del contrato solo se extienden a las mismas partes. Un arrendamiento entre privados es un buen ejemplo. Por el contrario, hay contratos que involucran un interés público, sea que estemos ante un contrato privado con relevancia pública o un contrato estrictamente público (en virtud de su objeto, por ejemplo, como los contratos de hidrocarburos).

El contrato de educación es un contrato celebrado entre privados, pero que involucra un interés público desde que la educación es un servicio público regulado a nivel sectorial y constitucional. Como tal, al estar involucrado un interés público,

---

<sup>39</sup> Sobre el ELI, véase Jerez Delgado (2011).

en tiempos de pandemia puede otorgarse una solución de derecho privado como también de derecho público. Esta solución de derecho público es posible desde que estamos ante un sector regulado, en vista de que la regla es que el Estado no puede otorgar una solución de derecho público cuando solo están involucrados intereses privados, salvo que se trate de una situación excepcional.

Acá nos interesa analizar la solución desde el derecho de contratos y partir de ella para concluir si tal solución es la más adecuada frente a la presente crisis sanitaria o, por el contrario, si tal solución es insuficiente y, en consecuencia, urge la intervención estatal.

Un interesante análisis al respecto viene de los profesores Álvaro Vidal e Iñigo de la Maza (2020a, 2020b). En los contratos de educación se presenta un caso muy interesante: la fuerza mayor no ha vencido por completo a los centros de educación en la ejecución de su prestación educativa. No se puede decir que los centros de educación se hayan visto imposibilitados de cumplir pues lo cierto es que han seguido «cumpliendo», de manera distinta, pero han seguido ejecutando el contrato.

¿Qué es lo que ha ocurrido? Los centros educativos se han resistido a la fuerza mayor. Ante la imposición del aislamiento social obligatorio, los centros educativos tenían dos alternativas: (1) dejar de prestar clases presenciales (desde que nadie puede salir de su casa), o (2) seguir prestando clases pero en modalidad virtual (de manera que el hecho de que los alumnos se queden en sus casas no es un impedimento para que reciban la prestación educativa). Lo que ha ocurrido en la práctica es que los centros educativos han seguido ejecutando su prestación educativa, solo que a través de una modalidad distinta a la inicialmente acordada en el contrato. Esto es, se han resistido a la fuerza mayor provocada por el aislamiento social obligatorio.

Si esto es así, ¿qué pasa con el pago de la pensión?, ¿debe exonerarse tal pago?, ¿debe reducirse? Si prestamos atención al deber de diligencia, podemos observar que el deudor no puede tener una actitud pasiva frente a la ocurrencia de la fuerza mayor. Solo se considerará que ha ocurrido un evento de fuerza mayor cuando el mismo sea irresistible, esto es, que el deudor esté imposibilitado de cumplir (además de ser externo e imprevisible). Pero si el deudor, ejerciendo su diligencia, puede resistirse al evento para superarlo y seguir cumpliendo, entonces no hay imposibilidad.<sup>40</sup>

Nótese que la ejecución de esta diligencia implica tomar las medidas necesarias para mitigar los daños que pueda generar el evento impeditivo. El tema está en discutir (1) hasta dónde debe extenderse este deber de mitigación según el caso en concreto (qué debe hacer el deudor), y (2) hasta qué punto las conductas ejecutadas por el deudor son oponible al acreedor para evitar la configuración de una situación de incumplimiento.

Primero, el deber de mitigación funcionará como una cláusula general que deberá ser aplicada al caso concreto para determinar qué conductas del deudor son idóneas para mitigar el daño. El deudor no cumple con tal deber si ejecuta conductas inútiles.

---

40 Véase Fernández (2004).



Segundo, el deudor no solo ejecuta conductas mitigadoras pensando en el interés del acreedor sino también pensando en su propio interés, pues finalmente él se está resistiendo al evento para evitar incurrir en una situación de incumplimiento, y, con ocasión de ello, podría buscar una alternativa que le permita cumplir con la finalidad del contrato aunque deba ejecutarlo de manera distinta, pero justificada por el evento impeditivo frente al cual activamente se está resistiendo y tomando medidas de mitigación —entre tales medidas, lograr que el objeto del contrato se logre—.

Al respecto, surge una situación interesante. Una situación perfecta sería aquella en la que el deudor puede resistirse con éxito al evento y cumplir el contrato según los términos inicialmente pactados. Otro escenario más realista sería aquel en el que el deudor logra resistirse en parte al evento impeditivo y, como tal, logra seguir adelante con la ejecución contractual, pero en términos distintos a los originalmente pactados. En este caso, cabe preguntarnos si la ejecución contractual alternativa logra o no cumplir con el objeto del contrato. Al respecto, veamos la regulación de la imposibilidad parcial.

Algunas codificaciones civiles suelen tomar una posición subjetiva sobre la imposibilidad parcial al enfocarse en la utilidad del acreedor o en su interés para definir el remedio aplicable. Por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 1316 del Código Civil peruano señala que:

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

Por otro lado, algunos instrumentos internacionales prefieren una posición objetiva al enfocarse en las expectativas razonables del acreedor. Por ejemplo, el artículo 7.1.8(6) de los Principios OHADAC señalan que:

When impossibility is partial, termination of contract will only be possible if partial performance significantly deprives one party of its reasonable expectations. In other cases, the party invoking force majeure must perform partially and the obligation of the other party will be proportionally adjusted.

La regulación de la imposibilidad parcial dice dos cosas importantes: (1) el deudor debe resistirse al evento para lograr, en todo caso, una prestación parcial, y (2) si el deudor logra resistirse y ejecutar parcialmente el contrato, entonces el acreedor no puede resolver el mismo y deberá pagar la contraprestación reducida. Por el contrario, el escenario que no se regula y que queda a interpretación es aquel en el que el deudor se resiste al evento, cumple parcialmente, logra cumplir el objeto del contrato y, como tal, se justifique que el acreedor deba pagar la totalidad de la contraprestación.

Apréciase que el criterio del «objeto del contrato» es preferible al «interés del acreedor» o la «utilidad para el acreedor» desde que estos últimos tienen un carácter subjetivo que permitiría alegar comportamientos oportunistas por parte del acreedor. Por el contrario, las «expectativas razonables» del acreedor como criterio tiene

un carácter —en principio— más objetivo, aunque no es tan amplio como el «objeto del contrato».

En el caso del contrato de educación, la modalidad original para la ejecución de la prestación educacional era presencial, pero debido al aislamiento social obligatorio los centros educativos optaron por la modalidad virtual como alternativa para seguir ejecutando sus contratos. Dada estas circunstancias, cabe discutir si nos encontramos (i) ante un supuesto de imposibilidad parcial que justifica la reducción de la contraprestación, o (ii) ante un supuesto de mitigación perfecta o equivalencia total que ha permitido conseguir el objeto del contrato aunque el mismo se haya ejecutado de manera distinta y, como tal, que justificaría el pago de la contraprestación completa.

Para concluir en qué supuesto nos encontramos primero debe distinguirse entre los tipos de prestaciones involucradas. No es lo mismo la educación inicial, en la que el centro educativo está a cargo tanto de la educación como de la custodia y cuidado del alumno, que la educación universitaria, en la que el alumno solo debe ir a la universidad por su clase y luego puede regresar a su hogar, e incluso faltar a clases cuando así lo considere.

Si el centro educativo solo puede ejecutar su prestación en modalidad virtual en la educación inicial, entonces se encuentra excluida la custodia y el cuidado (ahora los padres cuidan a sus hijos en sus hogares), y de esta manera, tal situación puede configurarse como un caso de imposibilidad parcial que justifica la reducción de la contraprestación. Por el contrario, si estamos ante la educación universitaria, cabe preguntarnos si la modalidad virtual es un sustitutivo equivalente que permita cumplir con el objeto del contrato, y que justifique el pago de la totalidad de la contraprestación.

En principio, los estudiantes universitarios recibirán las mismas horas de clase, serán evaluados, recibirán sus notas y pasarán de año. Si la prestación del centro educativo consiste solo en la prestación educativa, entonces podría considerarse que la modalidad virtual es un equivalente adecuado para seguir con la ejecución del contrato y lograr su objeto (la educación), y como tal, el pago de la pensión no debería verse afectada.

Incluso siguiendo el supuesto anterior, podría considerarse que debería proceder una reducción de la contraprestación desde que el alumno estaría privado de disfrutar de otros beneficios accesorios como el acceso a las bibliotecas, cafeterías, actividades curriculares, actividades sociales, *mentorship*, investigación, entre otros. Sin embargo, ello debe contraponerse con el costo involucrado en la ejecución del sustituto equivalente. Si la modalidad virtual implica la asunción de nuevos costos, y estos costos permiten que el contrato logre su objeto, entonces la reducción de la contraprestación generaría un enriquecimiento indebido en contra del centro educativo.

¿Cuál sería la base legal de tal alternativa? En el derecho americano, la sección 2-615 del Uniform Commercial Code regula a la *impracticability*, por el cual el deudor queda liberado de su obligación. A su vez, la sección 2-614 regula al *substituted performance* (Brunner, 2009, p. 95)<sup>41</sup> en los siguientes términos:

---

41 Véase también Badrinath (2019).

- (1) Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or an agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable but a commercially reasonable substitute is available, such substitute performance must be tendered and accepted.
- (2) If the agreed means or manner of payment fails because of domestic or foreign governmental regulation, the seller may withhold or stop delivery unless the buyer provides a means or manner of payment which is commercially a substantial equivalent. If delivery has already been taken, payment by the means or in the manner provided by the regulation discharges the buyer's obligation unless the regulation is discriminatory, oppressive or predatory.

El enfoque en el derecho americano es que el deudor debe pagar daños si no cumple con el contrato. El cumplimiento específico del contrato solo procede cuando el pago de daños no es un sustituto monetario adecuado. Si lo es, entonces es eficiente pagar dinero en lugar de exigir el cumplimiento específico. Pero ¿qué ocurre con los sustitutos no monetarios?

La sección 2-614(1), desde la perspectiva del deudor de los bienes, señala que si la obligación deviene impracticable pero existe un «sustituto comercial razonable» —entiéndase, una obligación sustituta— entonces el contrato debe seguir ejecutándose. Dicho sustituto debe ser ejecutado por el deudor y aceptado por el acreedor. En este escenario, y ante la existencia de un sustituto comercial razonable, quedaría excluida la reducción de la contraprestación, sobre todo si el deudor debe realizar un esfuerzo mayor —entiéndase, gastar más— para ejecutar tal sustituto.

Por su parte, la sección 2-614(2) regula la ejecución sustituta desde la perspectiva del comprador y para un supuesto específico. En caso regulaciones gubernamentales domésticas o extranjeras prohíban el tiempo y modo del pago, el deudor quedará liberado a menos que el acreedor pueda proveer un método de pago comercial y sustancialmente equivalente (Ryan, 2005, p. 184).

Los profesores Vidal y De la Maza (2020b) señalan que la solución de la «prestación sustituta» se encuentra regulada de manera específica en el derecho chileno para el contrato de mandato, y que tal regla debe inspirar la solución frente al cambio de circunstancias en el contrato de educación.

El artículo 2134 del Código Civil chileno regula la recta ejecución del mandato de la siguiente manera:

Art. 2134. La recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, *emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato.* (Cursivas nuestras)

Préstese atención a que la norma citada señala que podrán emplearse medios equivalentes «si la necesidad obligare a ello», lo cual permite considerar sin inconveniente

nientes la fuerza mayor, siempre que estos medios equivalentes sirvan para obtener completamente el objeto del mandato.

El Código Civil peruano no cuenta con una norma con la misma y exacta redacción que la norma chilena. Sin embargo, podemos destacar dos normas, los artículos 1760 sobre prestación de servicios y 1792 sobre mandato, que pueden interpretarse en el mismo sentido.

Artículo 1760.- El que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo.

*Empero, puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno.*

Artículo 1792.- El mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, *sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.*

El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente. (Cursivas nuestras)

En el caso del contrato de prestación de servicios, la redacción del artículo 1760 señala que el prestador puede apartarse del encargo si es «razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno», pudiendo considerarse un cambio de circunstancias que ocurre de manera repentina y que exige una rápida reacción del prestador.

A su vez, en el caso del contrato de mandato la redacción del artículo 1792 señala que el mandato también comprende aquellos actos «que son necesarios para su cumplimiento», pudiendo involucrar aquellos actos necesarios para resistirse a un evento impeditivo y así intentar cumplir con el contrato, debiéndose interpretar «cumplimiento» de manera amplia.

Las normas citadas son útiles para evitar la perspectiva *all-or-nothing* que a veces caracteriza a la fuerza mayor: o el evento impeditivo ocasiona imposibilidad liberando al deudor o el contrato debe ejecutarse en sus términos originales. Por el contrario, si el deudor, en ejecución de su diligencia, puede hacer algo para resistirse a la fuerza mayor, entonces debe hacerlo y no optar por una posición pasiva frente al evento impeditivo. Como contrapartida, si el deudor logra superar el evento para seguir adelante con la ejecución del contrato, aunque la prestación ejecutada sea diferente a la pactada pero logrando —sin embargo— la finalidad contractual, entonces el acreedor no puede rechazar dicha ejecución y, en consecuencia, deberá pagar toda la contraprestación.

## Referencias

- Aguad Deik, Alejandra, & Pizarro Wilson, Carlos (2011). Imprevisión y excesiva onerosidad. ¿Hay espacio para la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida? *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 16, pp. 329-344.
- Aizhu, Chen, & Jaganathan, Jessica (2020). PetroChina suspends some gas contracts as coronavirus hits demand sources. En Reuters, 5 de marzo.
- Albiñana Cilveti, Ignacio (2018). La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 49. Homenaje al Profesor Dr. Aurelio Menéndez Menéndez, diciembre, pp. 115-140.
- Alcalde Rodríguez, Enrique (2007). Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N.º 2, pp. 361-372.
- Anderson, Arthur (1953). Frustration of contract – A rejected doctrine. En *DePaul Law Review*, vol. 3, N.º 1, p. 1-22.
- Badrinath, Srinivasan (2019). Hardship & substituted performance as defenses against specific performance: critique of the recent developments. En *National Law School of India Review*, Vol. 31, N.º 1, p. 53-71.
- Beale, H. G. Bishop, W., & Furmston, M. P. (2008). *Contract. Cases and materials*. (Fifth edition). New York: Oxford University Press.
- Benatti, Francesca (2018). L'imprevisión nel code civil riformato. *Giurisprudenza Italiana*, Maggio, pp. 1302-1309.
- Benatti, Francesca (2020). Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales. En Vásquez Rebaza, Walter (Ed.), *Cláusulas de la contratación privada contemporánea*. Forthcoming, pp. 1-11.
- Benavides Galvis, Claudia, Morán, José Antonio, & O'Brien, James P. (2020). Coronavirus outbreak: global guide to force majeure and international commercial contracts. En Baker McKenzie, 3 de marzo.
- Brown, Charles G. (1975). The doctrine of impossibility of performance and the foreseeability test. En *Loyola University Law Journal*, vol. 6, pp. 575-593.
- Brunner, Christoph (2009). *Force majeure and hardship under general contract principles. Exemption for non-performance in international arbitration*. New York: Wolters Kluwer.
- Brunner, Christoph (2018). Chapter 3. Rules on force majeure as illustrated in recent case law. En Fabio Bortolotti y Dorothy Ufot (Eds.), *Hardship and force majeure in international commercial contracts*. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World. ICC Dossier. Paris: ICC Publishing, pp. 82-112.
- Bund, Jennifer M. (1998). *Force majeure* Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner. *Journal of Law and Commerce*, vol. 17, N.º 2, pp. 381-414.
- Burrows, Andrew (2018). *A casebook on contract*. (Sixth edition). Portland: Hart Publishing.

Camero, Jennifer (2015). Mission impracticable: the impossibility of commercial impracticability. En *The University of New Hampshire Law Review*, vol. 13, N.º 1, pp. 1-34.

Campos García, Héctor (2020). *Apuntes iniciales sobre la incidencia del riesgo normativo o regulatorio en la autonomía contractual en el Perú*. Forthcoming, pp. 1-30.

Cárdenas Quirós, Carlos (1997). Autonomía privada, contrato y Constitución. En Alfredo Bullard & Gastón Fernández (Eds.), *Derecho civil patrimonial* (pp. 39-60). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Carrasco Perera, Ángel (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina «rebus sic stantibus». *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 98, mayo-agosto, pp. 175-206.

Cartwright, John (2009). Negotiation and renegotiation: an English perspective. En John Cartwright, Stefan Vogenauer & Simon Whittaker (Eds.), *Reforming the French law of obligations. Comparative reflections on the avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')* (pp. 51-70). Portland: Hart Publishing.

Chapman, T. Ward (1960). Contracts: frustration of purpose. *Michigan Law Review*, vol. 59, N.º 1, pp. 98-122.

Cienfuegos Falcón, Mijail F. (2020). Las cláusulas de fuerza mayor en tiempos de la pandemia del COVID-19. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 82, abril, pp. 129-136.

Coderch, Pablo Salvador (2009). Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *InDret*, 4/2009, pp. 1-60.

Cohn, E. J. (1946). Frustration of contract in German law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 28, N.º 3/4, pp. 15-25.

Conlen, William J. (1922). The doctrine of frustration as applied to contracts. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 70, N.º 2, pp. 87-94.

David, René (1946). Frustration of contract in French law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 28, N.º 3/4, pp. 11-14.

Dawson, John P. (1934). Effects on inflation on private contracts: Germany, 1914-1924. *Michigan Law Review*, vol. 33, N.º 2, pp. 171-238.

Dawson, John P. (1983). Judicial revision of frustrated contracts: Germany. *Boston University Law Review*, vol. 63, N.º 5, pp. 1039-1100.

Declercq, P. J. M. (1995). Modern analysis of the legal effect of force majeure clauses in situations of commercial impracticability. *Journal of Law and Commerce*, vol. 15, N.º 1, pp. 213-256.

Den Held, Sophie, Morgan, Ashley, Hilgert, Felix, & Gwynedd-Jones, Victoria (2020). Will coronavirus be a force majeure event? It depends on your governing law. En Osborne Clarke, 12 de marzo.

Dewez, Julie, Ramberg, Christina, Momberg, Rodrigo, Cabrillac, Rémy, & San Miguel Pradera, Lis Paula (2011). The duty to renegotiate an international sales contract under CISG in case

of hardship and the use of the UNIDROIT principles. *European Review of Private Law*, vol. 19, N.º 1, pp. 101-154.

Drachler, Leo M. (1957). Frustration of contract: comparative law aspects of remedies in cases of supervening illegality. *New York Law Forum*, vol. 3, pp. 50-84.

Draetta, Ugo (1996). Force majeure clauses in international trade practice. *International Business Law Journal*, vol. 1996, N.º 5, pp. 547-560.

Escobar Rozas, Freddy, & Cabieses Crovetto, Guillermo (2013). La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Ius et Veritas*, N.º 46, julio, pp. 46-139.

Hondius, Ewoud y Grigoleit, Hans Christoph (Eds.). *Unexpected circumstances in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Felix, Bate, & Jaganathan, Jessica (2020). France's total rejects force majeure notice from Chinese LNG buyer. En Reuters, 6 de febrero.

Fernández Cruz, Gastón (2004). El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las relaciones obligatorias. En Freddy Escobar Rozas, Rómulo Morales Hervias, Leysser, León & Eric Palacios Martínez (Directores), *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova* (pp. 583-625). Lima: Grijley.

Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación (2016). La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico. *Persona y Derecho*, vol. 74, N.º 1, pp. 291-318.

Fontaine, Marcel (2018). Chapter 1. The evolution of the rules on hardship. From the first study on hardship clauses to the enactment of specific rules. En Fabio Bortolotti & Dorothy Ufot (Eds.), *Hardship and force majeure in international commercial contracts. Dealing with unforeseen events in a changing world* (pp. 11-40. ICC Dossier. Paris: ICC Publishing.

Gabrielli, Enrico (2019). *La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación*. Madrid: Reus.

Gallo, Paolo (2019). Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione. *Digesto delle discipline privatistiche* (pp. 439-470), diretto da Rodolfo Sacco. Milano: UTET Giuridica.

García Long, Sergio (2016). *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

García Long, Sergio (2017). La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Parte I. *Actualidad Civil*, N.º 37, julio, pp. 113-134.

García Long, Sergio (2019). La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En Sergio García Long (Ed.), *Derecho contractual financiero: Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 55-96). Lima: PUCP y Normas Jurídicas.

Gilson, Ronald J., & Schwartz, Alan (2005). Understanding MACs: moral hazard in acquisitions. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 21, N.º 2, pp. 330-358.

Hay, Peter (1961). Frustration and its solution in German law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 10, N.º 4, pp. 345-373.



Jennejohn, Matthew, Nyarko, Julian, & Talley, Eric (2020). COVID-19 as a *force majeure* in corporate transactions. *Law in the time of COVID-19* (pp. 141-154). USA: Columbia Law School.

Jerez Delgado, Carmen (2011). Fundación del Instituto Europeo de Derecho. European Law Institute. En *ADC*, tomo LXIV, fasc. III, pp. 1075-1077.

Larrabee, Tanya M. (2020). Force majeure: what does the coronavirus mean for your solar contract? En *Solar Power World*, 10 de marzo.

León, Leysser (2020). COVID-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil. Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 82, abril, pp. 11-36.

Liu, Edward (2020). COVID-19 and force majeure under shipbuilding contracts. En *Hill Dickinson*, 5 de marzo.

Lui, Mabel, Chu, Polly, Whitehouse, Sharon, Rota, Matilde, Timms, Lesley, & Webster, Graham (2020). Coronavirus: how can luxury brands manage commercial risk across Asia and Europe? En *Withersworldwide*, 4 de marzo.

Macario, Francesco (2006). III. Le sopravvenienze. En Vincenzo Roppo (Ed), *Trattato del contratto* (pp. 494-568). V. Rimedi – 2. Milano: Giuffrè.

Manzanares Secades, Alberto (2016). *Una aproximación a la cláusula MAC (material adverse change) en los contratos de financiación sindicada a la luz de la jurisprudencia anglo-americana*. Navarra: Thomson Reuters Aranzandi.

McElroy, Roy Granville (1941a). *Impossibility of performance. A treatise on the law of supervening impossibility of performance of contract, failure of consideration, and frustration*. Cambridge: Cambridge University Press.

McElroy, Roy Granville (1941b). The coronation cases – I. *The Modern Law Review*, vol. IV, N.º 4, pp. 241-260.

McElroy, Roy Granville, & Williams, Glanville (1941c). The coronation cases – II. *The Modern Law Review*, vol. V, N.º 1, pp. 1-20.

MacMillan, Catharine (2008). Taylor v Caldwell (1863). En Charles Mitchell & Paul Mitchell (Eds.), *Landmark cases in the law of contract*. Portland: Hart Publishing.

McKendrick, Ewan (2014). *Contract law. Text, cases, and materials*. (Sixth edition). New York: Oxford University Press.

Meinecke, Joachim (1978). Frustration in the West German of contract. *Irish Jurist*, vol. 13, N.º 1, pp. 83-111.

Mejorada, Martín (2020). Derecho civil ante la emergencia. En *La Ley*, 16 de marzo.

Molina Rey de Castro, Fernando (2013). Las cláusulas MAC en financiamientos y adquisiciones. En Freddy Escobar Rozas & Cecilia O'Neill (Eds.), *Ensayos de derecho contractual financiero* (pp. 123-147). Lima: Universidad del Pacífico.



Momberg, Rodrigo (2010). Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 15, pp. 29-64.

Momberg, Rodrigo (2011). *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*. Utrecht: Intersentia.

Momberg, Rodrigo (2020). ¿Excesiva onerosidad o excesiva dificultad? En *Idealex*, 9 de mayo.

Nicholas, Barry (2013). Force majeure in French law. En Ewan McKendrick (Ed.), *Force majeure and frustration of contract*. (Second edition). New York: Informa Law from Routledge.

Ninamancco, Fort (2020a). El caso «Canal de Craponne» y el COVID-19 (el incumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio). En *Legis*, 19 de marzo.

Ninamancco, Fort (2020b). El COVID-2019 y los contratos de arrendamiento. En *La Ley*, 22 de marzo.

Oosterhuis, Janwillem (2014). Unexpected circumstances arising from world war I and its aftermath: 'Open' versus 'Closed' Legal Systems. *Erasmus Law Review*, N.º 2, pp. 67-79.

Parra Lucán, María Ángeles (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret*, N.º 4, pp. 1-54.

Pasco, Alan (2020). Impacto del coronavirus en los contratos de arrendamiento: ¿puede el arrendatario invocar la excesiva onerosidad para reducir la renta? En *La Ley*, 26 de marzo.

Perrot, Brian, Knox, Patrick, & Rathbone, Amanda (2020). Coronavirus: can it be a force majeure event? En *Holman Fenwick Willan, Briefings*.

Pietrancosta, Alain (2016). Introduction of the hardship doctrine («theorie de l'imprévision») into French contract law: a mere revolution on the books? *RTDF*, N.º 3, pp. 1-8.

Puelinckx, A. H. (1986). Frustration, hardship, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, changed circumstances. *Journal of International Arbitration*, vol. 3, N.º 2, pp. 47-66.

Rauh, Theo (1996). Legal consequences of force majeure under German, Swiss, English and United States' Law. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, N.º 1, pp. 151-172.

Renaud, Alban, Li, Huini, & Santy, Denis (2020). Impact of coronavirus epidemic on contract performance: force majeure and hardship. En *Dalloz*, 7 de febrero.

Reuters (2020). PetroChina suspends some gas contracts as coronavirus hits demand sources. *The New York Times*, 5 de marzo.

Ridder, Philip, & Weller, Marc-Philippe (2014). Unforeseen circumstances, hardship, impossibility and force majeure under German contract law. *European Review of Private Law*, Vol. 22, N.º 3, pp. 371-392.

Rösler, Hannes (2007). Hardship in German codified private law – In comparative perspective to English, French and international contract law. *European Review of Private Law*, Vol. 15, N.º 4, pp. 483-514.

Rothschild, Jay Leo (1932). The doctrine of frustration or implied condition in the law of contracts. *Temple Law Quarterly*, Vol. 6, N.º 3, pp. 337-356.

Ryan, Daniel P. (2005). *Essential principles of contract and sales law in the Northern Pacific*. New York: iUniverse.

Saavedra Velazco, Renzo E. (2014). Límites constitucionales a la autonomía privada: La (supuesta) santidad de los contratos bajo el tamiz de la comparación jurídica. En *Estudios de derecho contractual* (pp. 53-71). Lima: Ius et Veritas.

Sarkodie, Kwadwo, Chan, Geoffrey Y. M., Harris, Charles E., & López Ortiz, Alejandro (2020). Coronavirus COVID-2019: construction, frustration, *force majeure* – What does contract law say? En Mayer Brown, 11 de marzo.

San Martín, Lilian (2020). 27F, 180 y COVID-19: derecho de desastres y caso fortuito. *El Mercurio*, Legal, 18 de marzo.

Saxe, David B., & Mix, Michael (2020). Contractual force majeure provisions and the spreading coronavirus. *New York Law Journal*, 9 de marzo.

Schmitthoff, Clive M. (1988). Hardship and intervener clauses. En Chia-Jui, Cheng (Ed.), *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law* (pp. 415-423). Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.

Smit, Hans (1958). Frustration of contract: a comparative attempt at consolidation. *Columbia Law Review*, Vol. 58, N.º 3, pp. 287-315.

Smith, J. Denson (1936). Impossibility of performance as an excuse in French law: the doctrine of force majeure. *Yale Law Journal*, Vol. 45, N.º 3, pp. 452-467.

Tallon, Denis (2004). Chapter 27. Hardship. En Arthur Hartkamp, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar Du Perron & Muriel Veldman (Eds.), *Towards a European civil code* (pp. 499-502). (3.ª edición). La Haya: Kluwer Law International.

Tamani, Carlos (2020). ¿Debemos seguir pagando nuestras deudas? Las dificultades para el cumplimiento de los arrendamientos y préstamos bancarios debido a la pandemia de COVID-2019. En *La Ley*, 26 de marzo.

Tan, Huileng (2020). China invokes 'force majeure' to protect businesses – but the companies may be in for a 'rude awakening'. En CNBC, 6 de marzo.

Thoms, Anahita (2020). Coronavirus: a global guide to force majeure and mitigating measures on supply chains. En Baker McKenzie, 10 de marzo.

Tony Starr, Samuel M., Leonard, Kaitlyn C., & Prober, Clare (2020). What you need to know about force majeure in light of the coronavirus. En Mintz, 10 de marzo.

Turner, Chris (2014). *Contract law*. New York: Routledge.

Twigg-Flesner, Christian (2020). A comparative perspective on commercial contracts and the impact of COVID-19 – Change of circumstances, *force majeure*, or what? *Law in the time of COVID-19* (pp. 155-165). USA: Columbia Law School.

Vaissier, François-Guilhem, & Swaminathan, Sindhura (2020). Coronavirus: legal considerations to a global health emergency – French law focus. En White & Case, 11 de marzo.

Vega Mere, Yuri (2020a). El coronavirus y la fuerza mayor. En Legis, 16 de marzo.

Vega Mere, Yuri (2020b). El coronavirus, la fuerza mayor y la buena fe contractual. En La Ley, 19 de marzo

Vega Mere, Yuri (2020c). El coronavirus y los contratos de arrendamiento. En La Ley, 25 de marzo.

Vidal, Álvaro, & De la Maza, Iñigo (2020a). El COVID-19 y la suspensión del pago del arancel por los servicios educativos de educación superior. En Pontificia Universidad Católica del Valparaíso, 4 de mayo.

Vidal, Álvaro y De la Maza, Iñigo (2020b). COVID-19 y contrato de educación. En Colegio de Abogados de Valparaíso, 12 de mayo.

Walter, Paula (1987). Commercial impracticability in contracts. *St. John's Law Review*, vol. 61, N.º 2, pp. 225-260.

Weiskopf, Nicholas R. (1996). Frustration of contractual purpose – Doctrine or myth? *St. John's Law Review*, vol. 70, N.º 2, pp. 239-272.

Yang, Yuanyou (2020). Force majeure in the time of coronavirus. En Chief Executive, 13 de marzo.

Zimmermann, Reinhard (2002). Remedies for non-performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law. *Edinburgh Law Review*, vol. 6, N.º 3, pp. 271-314.

Zundel, Michael N. (1982). Equitable reformation of long-term contracts – The «new spirit» of ALCOA. *Utah Law Review*, vol. 1982, N.º 4, pp. 985-1008.

Zweigert, Konrad, & Kötz, Hein (1992). *An introduction to comparative law*. (Second edition). Oxford: Clarendon Press.



# **Incumplimiento**



# **Apuntes sobre el incumplimiento contractual generado por el aislamiento social obligatorio\***

*Alfredo F. Soria Aguilar*

Pontificia Universidad Católica del Perú

---

\* Este artículo fue realizado con la colaboración de Ana Cristina Rivera Alarcón y Katherine Castañeda Romero, alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.





El mundo entero ha sido afectado con el COVID-19. Este virus, catalogado como pandemia<sup>1</sup> por la Organización Mundial de la Salud, ha conminado a toda la humanidad a detener casi todas sus actividades y a cambiar drásticamente su forma de vida.

En nuestro país, como ha sido expresado en la parte considerativa del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, la existencia de la pandemia obligó al Estado a adoptar una «serie de medidas adicionales<sup>2</sup> y excepcionales para proteger eficientemente la vida y la salud de la población».

El Decreto Supremo N° 044-2020-PCM<sup>3</sup> y sus modificatorias establecieron una inmovilización social obligatoria, medida temporal, de estricto cumplimiento y de aplicación a nivel nacional, salvo para el supuesto de actividades esenciales determinadas en el propio Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y otras actividades que fueron incorporándose con posterioridad.

Estas circunstancias han tenido —y sin duda tendrán— una serie de implicancias en diversos contratos que fueron celebrados con anterioridad a esta situación sin precedentes en los últimos cien años. Antes de hacer unos breves apuntes al respecto, resultan necesarias cuatro precisiones.

## 1. Primera precisión

Las circunstancias permiten analizar dos eventos distintos: (i) los contratos afectados por el COVID-19, es decir, los efectos de la pandemia en los contratos, y (ii) los contratos afectados por las normas del aislamiento social obligatorio.

¿Por qué hago esta distinción? Porque el COVID-19 obligó al Gobierno a declarar la emergencia sanitaria nacional, a través del Decreto Supremo N° 008-2020-SA,

---

1 Según la página web oficial de la Organización Mundial de la Salud, «se llama pandemia a la propagación mundial de una nueva enfermedad». En [https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently\\_asked\\_questions/pandemic/es/](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/)

2 La norma se refiere a medidas adicionales a aquellas establecidas en el Decreto Supremo N° 008-2020-SA que declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, que incluyó diversas medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19, sin incluir en dicha oportunidad la medida del aislamiento social obligatorio.

3 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el domingo 15 de marzo de 2020.

publicado el 11 de marzo de 2020. Dicha norma contiene las primeras medidas para combatir la pandemia<sup>4</sup> e incluye una serie de disposiciones que han tenido incidencia en diversos contratos.

Con posterioridad, se han publicado otras normas que incluyen nuevas medidas que han tenido y van a seguir generando impacto en una cantidad importante de contratos.

---

4 El artículo 2 del Decreto Supremo N° 008-2020-SA estableció las siguientes medidas:

«Artículo 2.- Medidas de prevención y control para evitar la propagación del COVID-19

2.1 En el marco de lo establecido en el artículo 79 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, se disponen las siguientes medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19:

2.1.1 Puertos, aeropuertos y puestos de entrada terrestres

a) Las instituciones públicas y privadas a cargo de la administración de puertos y aeropuertos deben adoptar las medidas que correspondan para disponer las medidas sanitarias necesarias para evitar la propagación del COVID-19 en los espacios que correspondan.

Las instituciones públicas y privadas relacionadas al tema migratorio deben trabajar de manera articulada para lograr un control efectivo sanitario del flujo migratorio.

b) Todas las personas que ingresen al territorio nacional deben presentar de manera obligatoria la Declaración Jurada de Salud del Viajero para prevenir el COVID-19, aprobada por Resolución Ministerial N° 086-2020/MINSA.

c) Toda persona que ingrese al territorio nacional provenientes de países con antecedentes epidemiológicos y que se encuentren en la relación que elabore el Centro de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades – CDC del Ministerio de Salud, tales como la República Italiana, el Reino de España, República Francesa y República Popular de China, debe sujetarse a un periodo de aislamiento domiciliario por catorce (14) días. La lista de países es actualizada por el CDC y publicada en su página web y la del Ministerio de Salud.

d) En caso presentar sintomatología de infección respiratoria, la persona en aislamiento domiciliario se debe comunicar con la autoridad sanitaria de la jurisdicción correspondiente para la adopción de las medidas necesarias.

2.1.2 Centros educativos

El Ministerio de Educación, en su calidad de ente rector, dicta las medidas que correspondan para que las entidades públicas y privadas encargadas de brindar el servicio educativo, en todos sus niveles posterguen o suspendan sus actividades. Estas medidas son de cumplimiento obligatorio.

2.1.3 Espacios públicos y privados

a) En el caso de actividades o eventos que impliquen la concentración de personas en espacios cerrados o abiertos que ofrezcan mayores riesgos para la transmisibilidad del COVID-19, corresponde a la autoridad competente evaluar los riesgos para determinar la pertinencia de su realización.

b) Todos los establecimientos comerciales y mercados deben coadyuvar en la prevención para evitar la propagación del COVID-19, implementando medidas de salubridad que faciliten el acceso de la población a sus servicios higiénicos, así como la de sus trabajadores.

2.1.4 Transporte

Todos los medios de transporte públicos y privados deben adoptar las medidas que correspondan para evitar la propagación del COVID-19.

2.1.5 Centros laborales

En todos los centros laborales públicos y privados se deben adoptar medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del COVID-19.

2.2 Las instituciones públicas y privadas, el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior, la sociedad civil y la ciudadanía en general deben coadyuvar en la implementación de la presente norma y de las disposiciones complementarias que se emitan.

2.3 Los Gobiernos Regionales y Locales adoptan las medidas preventivas para evitar la propagación del COVID-19 y coadyuvan al cumplimiento de las normas y disposiciones correspondientes emitidas por el Poder Ejecutivo».

Es más: sin necesidad de que exista una disposición legal, el peligro de contagio también tendrá un impacto en la esfera contractual, pues implicará algunos cambios en la forma en que deben cumplirse determinadas prestaciones.

El complejo escenario generado por el COVID-19 no será parte de nuestro análisis, pues este artículo tiene un objeto más concreto y menos pretencioso. Estos breves apuntes se circunscriben a los efectos que ha tenido la orden de aislamiento social obligatorio, decretada a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM<sup>5</sup> y sus modificatorias,<sup>6</sup> en el cumplimiento de los contratos.

Con excepción de algunas actividades consideradas como esenciales,<sup>7</sup> las normas de aislamiento social obligatorio, entre otros aspectos, restringieron el libre tránsito de las personas e impidieron que diversas actividades comerciales, profesionales o de cualquier otra índole puedan realizarse.

Resulta claro que el COVID-19 es totalmente distinto a las normas decretadas por el Gobierno para hacerle frente. El COVID-19 es un acto de la naturaleza. De acuerdo con las definiciones doctrinarias, sería reconocido como un caso fortuito o un 'acto de Dios'.

Por su parte, las normas que han sido emitidas para hacer frente a la pandemia, incluidas aquellas que ordenan y mantienen la vigencia del aislamiento social obligatorio, son consideradas como 'hecho del Príncipe', dado que constituyen una orden de una autoridad que impide el cumplimiento de la prestación.

En nuestro país, la diferencia entre el caso fortuito o la fuerza mayor resulta totalmente intrascendente, pues el artículo 1315 del Código Civil no distingue ambas figuras, regula el caso fortuito y fuerza mayor en un mismo artículo, otorgando a ambos los mismos alcances y consecuencias.

Entre todas las normas emitidas por el Gobierno relacionadas con el COVID-19, haremos unos apuntes respecto de la incidencia que han tenido en el cumplimiento de los contratos aquellas disposiciones que establecen el aislamiento social obligatorio. En términos sencillos, este análisis se centra en el incumplimiento de los contratos como consecuencia de las normas de aislamiento social obligatorio.

## 2. Segunda precisión

Las conclusiones de este breve artículo, en principio, resultan aplicables a los contratos civiles y comerciales. Este análisis no necesariamente resulta aplicable a otros ámbitos que cuentan con regulaciones distintas a las establecidas en el Código Civil.

---

5 Publicada el 15 de marzo de 2020 en el diario oficial *El Peruano*. El aislamiento social obligatorio comenzó a aplicarse a partir del 16 de marzo de 2020 y su vigencia fue extendida de manera sucesiva.

6 Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 083-2020-PCM y N° 094-2020-PCM.

7 El Decreto Supremo N° 044-2020-PCM consideró como esenciales las actividades de abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otras actividades vinculadas a ellas.

Esta precisión tiene relevancia porque, en el ámbito de los contratos civiles y comerciales, rige la libertad contractual y lo pactado prevalece respecto de las reglas que pudiera establecer el Código Civil. Como sostiene Jacques Ghestin:

[...] el ejercicio de la libertad contractual consiste en la aceptación de una restricción [contrainte] que se traduce en el respeto de las reglas particulares que el acuerdo de voluntades hizo nacer. Ahora, nos encontramos siempre en el ejercicio de una libertad ya que es de manera libre que cada una de las partes da su consentimiento y se compromete [engage] a respetar los términos del contrato. Es, pues, en ejercicio de esta libertad que el acuerdo de las partes puede —y lo hemos visto— crear un vínculo contractual. La libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato se encuentran íntimamente ligadas. (Ghestin, 2015, p. 76)

Las normas en el ámbito civil y comercial son de carácter supletorio. Solamente se aplica una norma relativa a contratos, en caso las partes hayan dejado un vacío, es decir, no hayan pactado sobre ese tema. Esta premisa es muy importante, porque es posible que las partes hayan previsto una solución convencional para supuestos similares a lo que ocurre en la actualidad. Ello a través de una cláusula que prevea los supuestos que las propias partes consideran como eximentes de responsabilidad o supuestos en los cuales se van a habilitar una serie de consecuencias que podrían ser aplicables.

De hecho, es poco probable que un número significativo de contratos hayan previsto algo parecido a lo ocurrido. Sin embargo, no puede negarse que existen contratos que contienen algunas cláusulas para casos similares a este. Por tanto, si hay en un determinado contrato una estipulación que establece una solución acerca de este tema, más allá de lo establecido en la ley, aplicará lo pactado en el contrato.

Es altamente probable que, en la mayoría de contratos, no exista una previsión convencional para una circunstancia como esta. Entonces, ante el vacío contractual, supletoriamente, resultan aplicables las disposiciones del Código Civil. ¿Por qué se aplica de manera supletoria la norma? Porque el propio Código Civil señala, en su artículo 1356, que las normas relativas a contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que estas sean imperativas. El artículo 1356 del mismo Código permite que las partes puedan pactar, con amplia libertad, lo que mejor atienda a sus intereses.

### **3. Tercera precisión**

La premisa básica del legislador es la fuerza vinculante del contrato. El contrato debe cumplirse de manera obligatoria. Los contratos valen y son relevantes jurídicamente porque son obligatorios.

Como sostiene Alfredo Bullard: «Es un principio universalmente aceptado el que los contratos son obligatorios entre las partes según los términos en ellos pactados. No es exagerado decir que si tal principio no estuviese consagrado, el Derecho Contractual simplemente no existiría» (Bullard, 1993, p. 81).

Si nuestro sistema contractual admitiera que, como regla general, las partes se encuentran legitimadas a incumplir por cualquier circunstancia, el contrato perdería su esencia vinculante y dejaría de ser un instrumento a través del cual las partes pueden distribuir sus riesgos.

#### 4. Cuarta precisión

Nuestro Código Civil no ha sido pensado para situaciones como esta. La pandemia es una situación absolutamente excepcional. No es común que se paralice el mundo por una pandemia.

El Código Civil da respuestas, pero ellas han sido pensadas para un marco de normalidad. Por eso, en algunos casos es altamente probable que nos sintamos incómodos con algunas de las respuestas que nos brinda el Código Civil ante esta situación de pandemia.

En situaciones como esta, en las que las reglas del Código Civil no parecen tan justas, más allá de lo que pudiera establecer la ley, recordemos que siempre queda expedita la posibilidad de solucionar estos inconvenientes a través de la negociación, es decir, del mutuo acuerdo de las partes. Es un camino siempre abierto y que, en ocasiones, olvidamos.

#### 5. Consecuencias del incumplimiento contractual

Ante el incumplimiento contractual, el acreedor cuenta con diversos mecanismos de tutela.<sup>8</sup> Entre otros, puede aplicar intereses,<sup>9</sup> penalidades,<sup>10</sup> resolver el contrato y solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, resulta importante tener en cuenta que las normas que regulan los contratos civiles y comerciales establecen, como criterio general, que no basta el incumplimiento para que se apliquen estas consecuencias.

Así, no basta el incumplimiento para que se aplique una penalidad, pues para ello será necesario que exista un incumplimiento imputable al deudor. El artículo 1343 del Código Civil establece literalmente lo siguiente: «Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella *sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor*, salvo pacto en contrario» (cursivas nuestras).

Conforme con lo expresado por el artículo 1343 del Código Civil, salvo pacto en contrario,<sup>11</sup> para que pueda exigirse el pago de una penalidad resulta necesario que

---

8 Por ello, autores como Jacques Ghestin han sostenido: «La fuerza obligatoria del contrato entre las partes se encuentra garantizada por las sanciones para los casos de inejecución de contrato» (Ghestin, 2015, p. 78).

9 Por ejemplo, en el supuesto de obligaciones de dar una suma de dinero.

10 Siempre que se haya acordado una cláusula penal.

11 Sin duda, como se trata de una norma supletoria, las partes pueden pactar que las penalidades resulten aplicables de manera objetiva. Es decir, independientemente de que exista o no exista culpa del

el incumplimiento corresponda a causa imputable al deudor. En términos sencillos, que el deudor haya incumplido su obligación por culpa leve, por culpa grave (negligencia) o por dolo.

En forma similar, para solicitar una indemnización por daños y perjuicios, el artículo 1321 del Código Civil establece que queda sujeto a indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Nuevamente, no basta el incumplimiento contractual, sino que dicho incumplimiento debe ser imputable al deudor.

Lo mismo ocurre para resolver un contrato por incumplimiento: también se requiere que exista dolo o culpa del deudor. Esto se encuentra establecido expresamente en las normas relativas a las obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer,<sup>12</sup> pero resulta de aplicación a cualquier supuesto de resolución por incumplimiento, como lo entiende, pacíficamente, la doctrina. Por ello, Manuel de la Puente sostiene que: «No existe discrepancia entre los autores respecto a que procede la resolución por incumplimiento cuando la inejecución de la prestación se debe a dolo o culpa del contratante a quien corresponde ejecutarla» (De la Puente, 2017, p. 96).

En términos sencillos, tiene que haber dolo o culpa del deudor para que el acreedor se encuentre facultado a resolver un contrato por incumplimiento de su deudor. Sin embargo, si el incumplimiento se debe a una causa no imputable al deudor, el acreedor no se encontrará facultado a resolver el contrato en tal circunstancia.

Así mismo, para la aplicación de los intereses ante el incumplimiento de obligaciones, Felipe Osterling y Mario Castillo también reconocen que requieren que el incumplimiento sea imputable al deudor, cuando sostienen que: «Producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida [...] dicho deudor estará obligado a su pago» (Osterling y Castillo, 2004, p. 1111).

En síntesis, en todos los supuestos analizados, para aplicar penalidades, intereses, resolver un contrato o solicitar resarcimiento de daños y perjuicios, las normas exigen que, además del incumplimiento contractual, exista también dolo o culpa del deudor.

Ciertamente, resulta relevante conocer a quién le corresponde la prueba del dolo o la culpa. Al respecto, el artículo 1329 del Código Civil dispone: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».<sup>13</sup>

Ante la presunción de culpa leve, corresponderá al deudor demostrar que el incumplimiento no le resulta imputable, pues se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. En consecuencia, es el deudor quien debe acreditar que el incumplimiento no le resulta imputable, demostrando: (i) que actuó con la

---

deudor, las partes pueden pactar que el deudor pague una penalidad si no se cumple con determinada prestación. Si el pacto se encuentra orientado en esos términos, el deudor deberá pagar la penalidad aunque el incumplimiento no le sea imputable.

12 Artículo 1150 numeral 3 y artículo 1158 numeral 3 del Código Civil, normas que regulan las obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer.

13 En simple: verificado el incumplimiento, se presume que es por culpa del deudor salvo que este pruebe en contrario porque se trata de una presunción *iuris tantum*.

diligencia ordinaria exigida,<sup>14</sup> (ii) caso fortuito o fuerza mayor,<sup>15</sup> o (iii) cualquier otra causa no imputable.<sup>16</sup>

El caso fortuito o la fuerza mayor es una causa no imputable pero no es la única causa no imputable. A veces se piensa que la única manera de evitar las consecuencias ante el incumplimiento contractual es que exista un caso fortuito o fuerza mayor, y ello es absolutamente falso.

Conforme con las disposiciones de nuestro Código Civil, basta que el incumplimiento no sea imputable al deudor para que el acreedor no tenga la facultad de aplicar penalidades, intereses, resolver un contrato o exigir el resarcimiento de daños y perjuicios. Esa es la premisa de la que parte nuestro legislador civil. Debe existir un incumplimiento pero, además, este debe obedecer a dolo o culpa del deudor.

Distinto es el supuesto de aquellos contratos en los que existe un pacto en contrario, porque en dicho caso se aplicará lo convenido por las partes. Por eso, primero se debe revisar qué se encuentra estipulado en el contrato y, si no existe pacto al respecto, aplicarán las normas del Código Civil ante el incumplimiento contractual.

## **6. ¿Es el aislamiento social obligatorio un caso fortuito o fuerza mayor?**

El artículo 1315 del Código Civil determina los alcances del caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes términos: «Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Como lo expresa el propio Código Civil, considero que deben concurrir las tres características para sostener la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.<sup>17</sup> Sin embargo, no basta que el evento sea extraordinario, imprevisible e irresistible sino que, además, es necesario que dicho evento haya impedido o afectado el cumplimiento de la prestación. Y considero que las normas que establecieron el aislamiento social obligatorio son un evento extraordinario, imprevisible e irresistible.

---

14 Respecto de la diligencia ordinaria requerida, el artículo 1314 del Código Civil dispone lo siguiente: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

15 El artículo 1315 del Código Civil establece: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

16 El artículo 1317 del Código Civil reconoce que «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».

17 En nuestro país tienen una opinión distinta los reconocidos profesores Gastón Fernández Cruz y Leysser León Hilario, quienes sostienen que no resulta necesaria la presencia conjunta de las tres características expresadas por el Código Civil (evento extraordinario, imprevisible e irresistible) para determinar un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor (Fernández Cruz & León Hilario, 2004, p. 884).



Un evento es extraordinario cuando constituye un acontecimiento excepcional, que no ocurre comúnmente. ¿Es común u ordinario que los gobiernos del mundo ordenen un aislamiento social obligatorio? ¿Es ordinario que se cierren los aeropuertos o que se restrinja el libre tránsito de las personas y de los vehículos como establecieron las normas de aislamiento social obligatorio? Es evidente que no es común una circunstancia como esta. La orden de aislamiento social obligatorio es un evento fuera de lo común, es una situación extraordinaria.

La norma de aislamiento social obligatorio es irresistible. Como lo afirma Mario Gianfelici: «La irresistibilidad implica que debe tratarse de un hecho que el deudor no pueda contrarrestar; o bien que esté dotado de una fuerza invencible; o que el hombre sea impotente para impedir su ocurrencia; o en fin, que importe un obstáculo insuperable que coloque al deudor en la imposibilidad de ejecutar la obligación» (Gianfelici, 1995, p. 50).

La limitación del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas y la imposibilidad de realizar actividades económicas en casi todos los sectores es una situación irresistible para quienes estaban obligados a cumplir con el aislamiento social obligatorio. No se puede pretender obligar al deudor a eludir una ley imperativa. Si es que la prestación no se encontraba entre aquellas autorizadas por las normas de aislamiento social obligatorio, al deudor no le quedaba otra alternativa que acatar lo dispuesto por la norma imperativa y quedarse en casa.

Un evento es imprevisible, como sostiene Felipe Osterling, «[...] cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación» (Osterling, 1992, p. 200).

Difícilmente puede sostenerse que era previsible que se ordene un aislamiento social obligatorio en nuestro país, como consecuencia de un virus originado en la ciudad de Wuhán en China, desde mediados de diciembre de 2019. La forma en que se incrementó la tasa de contagios y las medidas extremas asumidas por casi la totalidad de Estados del mundo fue algo difícil de prever.

Aunque existan videos en internet que datan del año 2015, en los que Bill Gates, en una conferencia TED Talk, afirma que el mayor peligro de la humanidad será una próxima epidemia, ello no hace previsible una situación como la que hemos tenido en nuestro país y en el mundo.

Recordemos, además, que no se está analizando la imprevisibilidad de la pandemia; lo que resulta imprevisible es la norma que ordena el estricto aislamiento social obligatorio. La existencia de una pandemia, como ha habido otras en el mundo, no ha implicado un aislamiento social obligatorio. Por ello, sí se cumple con el requisito de la imprevisibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden existir quienes sostengan que falta alguno de los requisitos. En el negado caso de que no sea caso fortuito o fuerza mayor, igualmente el aislamiento social obligatorio ordenado por ley constituiría una causa no imputable al deudor. Aunque no corresponda aplicar la norma del caso fortuito o fuerza mayor en tal supuesto, como hemos explicado con anterioridad, si se acredita la existencia de una causa no imputable al deudor que impidió que este cumpla su prestación, esta circunstancia implicará que no corresponde la aplicación



de penalidades, ni la resolución de contrato, ni la aplicación de intereses y ninguna otra consecuencia del incumplimiento que requiera causa imputable del deudor.

Volviendo al tema del caso fortuito o fuerza mayor. Adicionalmente a los requisitos de extraordinario, imprevisible e irresistible, es importante anotar que el artículo 1315 del Código Civil exige que el evento impida la ejecución de la obligación o determine su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Las normas de aislamiento social obligatorio que establecieron la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas y la imposibilidad de realizar actividades económicas en casi todos los sectores han tenido diversos impactos en múltiples contratos. Estas restricciones, entre otras consecuencias, han afectado contratos que estaban pendientes de ejecución o que, en ejecución, tuvieron que suspender su cumplimiento, de súbito, a partir del 16 de marzo de 2020, originando incumplimientos contractuales de todo tipo y magnitud.

Estos incumplimientos, siempre que hayan sido consecuencia de las restricciones establecidas por las normas de aislamiento social obligatorio, no son imputables al deudor. Esto es muy importante e implica que, en cada caso concreto, deba determinarse si es que, efectivamente, fueron las normas de aislamiento social obligatorio las que impidieron el cumplimiento de la prestación.

Las normas de aislamiento social obligatorio no deben ser un pretexto para incumplir contratos que, aunque con dificultad, sí podían ejecutarse durante la vigencia de las normas que ordenaron el aislamiento social obligatorio. La dificultad en el cumplimiento no es igual a la imposibilidad de la prestación. La dificultad sobreviniente de la prestación no afecta, en modo alguno, la exigibilidad del cumplimiento, ni convierte en imposible la ejecución del contrato. Por ende, si bien puede existir un evento que sea extraordinario, imprevisible e irresistible, cuando el deudor se encuentra en la posibilidad de cumplir con la prestación, la figura del caso fortuito o fuerza mayor no le será aplicable y no evitará las consecuencias del incumplimiento.

## Referencias

Bullard, Alfredo (1993). ¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial. *Themis*, (25).

De la Puente, Manuel (2017). *El contrato en general*. Tomo II. Lima: Palestra.

Ghestin, Jacques (2015). La fuerza obligatoria del contrato. *Ius et Veritas*, (50).

Gianfelici, Mario César (1995). *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fernández Cruz, Gastón, & León Hilario, Leysser (2004). Comentarios al artículo 1315 del Código Civil. En AAVV, *Código Civil comentado*. Tomo VI: *Derecho de obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica.

Osterling, Felipe (1992). *Las obligaciones*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen VI. Lima: PUCP – Fondo Editorial.

Osterling, Felipe, & Castillo, Mario (2014). *Tratado de las obligaciones*. Volumen III. (2.<sup>a</sup> edición). Lima: PUCP – Fondo Editorial.

# **La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia con el COVID-19**

*Roger Vidal Ramos\**

Instituto Peruano de Derecho Civil  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

---

\* El autor agradece la colaboración del señor Víctor Montalvo Maldonado, talentoso alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la selección de algunos materiales para la bibliografía de este trabajo.



## 1. Introducción

El contrato como expresión amplia de libertad, equidad y reciprocidad conserva en forma latente una posibilidad de «riesgo de incumplimiento» que podría ser atribuible al deudor, al acreedor, a un tercero o a hechos ajenos a los contratantes (caso de fuerza mayor, como la presencia del COVID-19 y la generación de la crisis financiera mundial). Sin embargo, si bien la resolución como remedio contractual permite a la parte perjudicada culminar el vínculo contractual con causa justificada, la contraparte mantiene como medio de defensa la figura de la excepción del incumplimiento, regulada en el artículo 1426 del Código Civil peruano, que será analizado en este artículo.

La excepción de incumplimiento es denominada también excepción de contrato no cumplido o, si se prefiere, de inejecución, incumplimiento recíproco o, contemporáneamente, de suspensión de prestación. Se trata de una defensa (judicial o extrajudicial) que puede hacer valer el contratante a quien se le está exigiendo el cumplimiento de una obligación, cuando su contraparte no ha cumplido o no está llana a hacerlo con su obligación correlativa (Malo Valenzuela, 2016, p. 187).

En particular, la excepción se opone o se plantea cuando se produce un incumplimiento recíproco de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral y supone, en opinión de nuestros tribunales, el reconocimiento implícito del incumplimiento de quien alega (Cárdenas Villarreal & Reveco Urzúa, 2018, p. 491).

## 2. El contrato y la buena fe

De acuerdo con el artículo 1351 de nuestro Código Civil: «El contrato implica el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esta definición es sencilla e implica la onerosidad incondicional de los diferentes contratos típicos regulados en el Código civil».

A su vez, el artículo 1362 establece las tres fases contractuales (negociación, celebración y ejecución) con aplicación absoluta del principio de buena fe contractual como estándar de comportamiento debido y recíproco, que es analizado en fase contractual y litigiosa. En consecuencia, el artículo 1402 establece: «El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones».

El contrato representa la fuente más importante de vinculación económica recurrida entre los privados y la sociedad (incluso el Estado) con protección de carácter constitucional y del Código Civil, bajo la tutela de los principios de autonomía privada, equilibrio económico-financiero, fuerza obligatoria, consentimiento y buena fe.

Según Troncoso y Álvarez (2014, p. 6):

Fuera de la función económica el contrato cumple una función social. No solo sirve para la satisfacción de necesidades individuales. Además, es medio de cooperación o colaboración entre hombres. [...] Desde un punto de vista más técnico, la función social del contrato se relaciona directamente con el principio de buena fe, el cual impone a cada parte, el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el trayecto contractual.

El artículo 1352 del Código Civil peruano establece: «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

A partir de lo mencionado, resulta esencial remitirnos a la libertad contractual que constituye base para la expresión del consentimiento.

La libertad contractual es una manifestación de la autonomía de la voluntad, que alcanzó su cuota de aceptación y desarrollo más elevado con el liberalismo decimonónico y resurgió con renovada vitalidad con el neoliberalismo, tendencias<sup>1</sup> que han llevado el principio a límites extremos (Ballesteros Garrido, 1999, p. 47).

De acuerdo con este último autor (Ballesteros Garrido, 1999, p. 47), esbozando las ideas del liberalismo, que el pacto haya sido voluntariamente convenido es una garantía de justicia, puesto que no hay alguien mejor que uno mismo para proteger sus intereses. Así mismo, una intervención del Estado llevaría a una intromisión en el ámbito de libertad de los particulares, salvo los casos en que el Estado actúe para dar fuerza legal a lo pactado por las partes por medio de su poder coactivo, puesto que la libertad contractual no tendría sentido si no fuera posible hacer cumplir un contrato que una de las partes se niega a ejecutar.

Del mismo modo, el autor en mención señala: «La invocación de la libertad contractual para justificar el uso e imposición de condiciones generales abusivas es parcial e interesada, no es admisible ya fundamentar el uso y validez de las condiciones generales en la libertad contractual de una manera indiscriminada» (Ballesteros Garrido, 1999, p. 47).

En nuestra legislación, la libertad contractual encuentra sus límites en el artículo 1354, donde se establece que: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». El principio de limitación excepcional de la libertad contractual está conectado con

---

1 En los contratos de adhesión, el adherente queda obligado por todas las condiciones generales del contrato siendo excluido de influir en el contenido de este. Están además la fijación de precios por parte de monopolios y otras medidas que manifiestan la existencia de una desigualdad al momento de negociar.

la institución de la nulidad virtual regulada en el artículo V<sup>2</sup> del título preliminar del Código Civil peruano.

El contrato deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (artículo 1438 del Código Civil); hoy se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes. El contrato debe ser entendido no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas —aunque también le cabe ese cometido— sino también como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio con el cual los particulares organizan sus intereses (Vidal Olivares, 2018, p. 462).

Consideramos que la autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley. Con amplia libertad se ejercita la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y, finalmente, conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

Así mismo, los postulados sobre la buena fe se encuentran vinculados a la libertad contractual y al contrato en sí en nuestra legislación. Volvemos a acotar que en el artículo 1362 se establece que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Aquí nos remitiremos a una serie de planteamientos respecto a que debemos entender por buena fe.

Según Boetsch (2015, p. 27): «*fides* podía entenderse como “hacer lo que uno dice”, “cumplir con lo que se promete”, o bien “tener palabra”. En ese sentido, Cicerón definió la *fides* como «la actitud perseverante y veraz ante las palabras», lo que siglos después fue afirmado por el profesor italiano Betti al indicar que el concepto consistía en el «hábito de firmeza y de coherencia de quien sabe recordar los compromisos asumidos mediante declaraciones o acuerdos».

Se estima que el *bona fides* «surgió debido a la difusión de los negocios internacionales en el ordenamiento romano y de inexistencia de una formalidad que permitiera la interferencia del Estado (*actio*) en las relaciones negociales [...]» (Boetsch, 2015, p. 27).

En el derecho primitivo romano, Medina Pérez (1950) señala que: «la buena fe [ha] permanecido ligada a la noción de equidad y probidad en las relaciones de derecho, configurándose como lo contrario al dolo y al fraude». Y agrega:

En el derecho romano clásico [...] aparecen, por un lado, en el ámbito de las obligaciones, los *bonae fidei negotia*, que se identifica con lo que comúnmente se denomina buena fe objetiva, y a la vez aparece, en materia posesoria, una noción de buena fe fundada en un estado de ignorancia y de error excusable, lo que hoy se identifica como buena fe subjetiva. (Boetsch, 2015, pp. 28-29).

---

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

En el derecho canónico, de acuerdo con Boetsch (2015, pp. 28-29): «la buena fe adquirió los caracteres de principio general del Derecho. Es en este período cuando surgen con gran fuerza los juristas influenciados por el iusnaturalismo, que [...] estimaban que existían una serie de principios de orden superior que emanaban del Derecho natural, entre los que destaco a la buena fe, ahora impregnada de conceptos moralistas y religiosos».

De acuerdo con Medina (Medina Pérez, 1950), en esta época se hacía distinción entre buena fe jurídica y buena fe teológica. La primera se encontraba en el conjunto de reglas de las legislaciones; la segunda, en el fuero interno del individuo.

Con el positivismo todo aquello que no estaba consagrado en la ley no tenía valor, pero como rápidamente constataron que el legislador no podía regular todas y cada una de las situaciones, se vieron en la necesidad de recurrir a los principios generales como el de la buena fe. Así empezaron a regularse situaciones como la posesión de buena fe, la ejecución de buena fe de los contratos, etcétera.

Según la doctrina moderna, existe un aspecto subjetivo y objetivo de la buena fe. Por aspecto subjetivo tenemos que entender la convicción que tiene el sujeto de encontrarse en una situación regular de acuerdo con el derecho, aunque no sea el caso. Por otro lado, la buena fe objetiva consiste en una serie de reglas de comportamiento que nos dicen cómo debemos dirigir nuestra conducta de acuerdo con patrones de honestidad y lealtad.

Según Boetsch, la división de la buena fe en los aspectos anteriormente mencionados acarrea confusiones. Su postura consiste en concebir la buena fe de forma unitaria, de modo que actúe como pauta de comportamiento: «se sostiene que la buena fe subjetiva se aplicaría solo a materias relativas a derechos reales y de familia, y la buena fe objetiva solo se aplicaría en el derecho de las obligaciones» (Boetsch, 2015, p. 66).

Actualmente, de nuestra legislación se desprende que la buena fe debe estar presente en la etapa precontractual, en la celebración del contrato y en su ejecución. En ese sentido, Espinoza Espinoza (2017, p. 141) hace una distinción entre buena fe y diligencia: «Tanto la buena fe como la diligencia son standards de comportamiento. Hago la precisión que el ámbito de aplicación de la buena fe, excede el comportamiento de las partes dentro de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a esta».

Finalmente, consideramos que la buena fe contractual representa un cimiento importante del contrato, y deberá ser interpretada con amplitud y especialidad según la etapa contractual y el tipo de contrato (tradicional o moderno). Siempre los conceptos de lealtad, fidelidad, veracidad, diligencia, prudencia y confianza están estrechamente establecidos y podrán ser interpretados en un primer momento por las partes contratantes y, ante una eventual controversia, conforme al daño contractual generado o en forma posterior conforme a la cláusula «litigiosa», esta aptitud de interpretación será trasladada a los jueces o árbitros.



### 3. Reciprocidad entre acreedor y deudor

Se denominan obligaciones recíprocas aquellas en las que ambas partes son deudores y acreedores, es decir, tienen ambas obligaciones distintas, pero ligadas al cumplimiento de prestaciones en mutua cooperación.

La esencia de la reciprocidad implica un deber amplio de cooperación y equidad, según el esquema económico diseñado en el contrato. Las diferentes obligaciones establecidas deberán ser cumplidas en forma simultánea o alternada en el plazo y modo pactados con antelación.

A este tipo de obligaciones también se les conoce como obligaciones sinalagmáticas y tienen una interdependencia que podría resumirse en una frase coloquial: «Dame, que te doy». De acuerdo con Chang Hernández (2019, p. 195):

Ambas, prestación y contraprestación, podemos decir que son las dos caras de una misma moneda, pues la una depende de la otra, ya que en estos tipos de contratos sinalagmáticos si no existe el incentivo, si queremos llamarlo así, o una contraprestación pactada a favor del deudor no habría motivo para obligarse a una prestación y por consiguiente si no existe una prestación a favor del acreedor no hay razón para desplegar la contraprestación, de allí que estos tipos de contratos reciben el nombre de contratos con prestaciones recíprocas.

La idea que subyace a la excepción de contrato no cumplido —una idea, probablemente, tan vieja como el comercio— es que yo no cumplo mientras tú no cumplas; suspendo mi ejecución mientras tú no cumplas la tuya. Entonces, en una compraventa suspendo mi obligación de pago del precio mientras no me entregues la cosa. Y si me la entregas, debo pagarte el precio (Vidal & De la Maza, 4 de mayo de 2020).

Las prestaciones recíprocas en los contratos duraderos mantienen ciertas características de correspondencia exigidas y vinculantes con el acreedor y el deudor; el cumplimiento o su incumplimiento repercutirán en la ejecución contractual idónea.

El tiempo puede corresponder al interés en la satisfacción continua de una necesidad duradera. Es este el objeto de la obligación principal: la realización de un comportamiento continuo o repetido durante el tiempo necesario para satisfacer dicho interés, actividad que durante todo ese período tiene carácter solutorio, de cumplimiento o ejecución continuada o periódica, y, por tanto, tiene relevancia jurídica propia. No es un espacio de tiempo vacío de contenido solutorio, ni simplemente un compás de espera —sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones accesorias, ni un medio para obtener un resultado, sino que constituye un fin en sí mismo (Ossorio Morales, 1956, p. 55).<sup>3</sup> La duración va referida a la propia ejecución

---

3 El carácter duradero no tiene por qué ser equivalente a un período largo; no es que estos contratos deban extenderse durante un lapso de tiempo mínimo, como un mes, por ejemplo. Así, no cabe excluir de este grupo (*v. gr.*, un contrato de depósito que dure horas —aunque es evidente que, de hecho, planteará menos problemas—), puesto que lo decisivo es el paralelismo que existe entre el tiempo y el cumplimiento. La doctrina española incluye en esta categoría a las obligaciones negativas (*vid.*, por ejemplo, Ossorio Morales, 1956, p. 55).

contractual, y no designa un intervalo entre la perfección del contrato y la ejecución.<sup>4</sup> Por norma general, la duración de este comportamiento se corresponde con el período de la relación contractual; tanto es así que puede afirmarse que la utilidad de esta para las partes (Ossorio Morales, 1956, p. 656)<sup>5</sup> es directamente proporcional a su duración (que, en ese sentido, puede calificarse como un elemento causal).<sup>6</sup> Por esta razón, se afirma que la entidad cuantitativa de la prestación solo está determinada por el tiempo de duración, que funciona, por tanto, como criterio de medida.<sup>7</sup>

La moderna doctrina alemana destaca, además, la característica de que el deudor se encuentra en constante tensión, en permanente disponibilidad para cumplir, pero en los contratos con prestaciones recíprocas la condición de deudor será una condición variable como el plazo de la duración de la prestación.<sup>8</sup>

En realidad, este tipo de contratos no se diferencia de los otros por contar con características específicas y exclusivas, sino por la mayor intensidad con que se manifiestan determinados elementos contractuales: la estructura obligacional presenta mayor complejidad, pues la prolongación del vínculo contractual exige la ampliación de las obligaciones accesorias; los deberes de buena fe y de lealtad adquieren especial importancia en virtud de la larga vinculación de los contratantes.

Bajo la pauta de los contratos de duración amplia o prolongada, a modo referencial, se encuentran materializados en los contratos de obra y suministro, que requieren que el deudor ejecute la prestación en el modo y plazos pactados; pero, a su vez, que el acreedor cumpla con el pago de la contraprestación económica conforme a lo fijado en el contrato. El incumplimiento del pago de la contraprestación o valorización en una ejecución de una obra involucrará la posibilidad de la exigencia del requerimiento del deudor a su acreedor con el fin de que el calendario o plazo

---

4 Esta afirmación debe matizarse en relación con las prestaciones periódicas, en el sentido de que existen espacios temporales en los que no se está cumpliendo en sentido estricto.

5 Ossorio Morales aclara que la obligación duradera puede estar constituida a favor de uno solo de los contratantes, siendo la contraprestación de ejecución instantánea, y muchas veces fraccionada en función de períodos de tiempo: así, por ejemplo, la obligación del arrendador de cesión del uso de la cosa es continuada, mientras que la de pagar la renta sería una obligación de ejecución instantánea, pero frecuentemente repartida en plazos (calificación esta última que es pacífica); pero también es frecuente que ambas obligaciones sean duraderas. En cualquier caso, basta que una de ellas lo sea para que también el contrato se considere duradero.

6 En efecto, en este tipo de contratos, a la finalidad típica de cada relación contractual se añade el propósito común de satisfacer esa necesidad duradera, de asegurar la continuidad o periodicidad de la prestación durante la vida contractual, y es desde este punto de vista que el criterio de clasificación de la prestación será establecido por el acuerdo de las partes, la naturaleza de la prestación o lo que la ley determine.

7 Oppo citado por Ossorio Morales (1956, p. 56), aunque este último puntualiza que este dato no siempre concurre, pues hay otros elementos determinantes de la cantidad de la prestación, como puede ser la cambiante necesidad de las partes en los contratos de suministro (de ejecución periódica). Es importante determinar la escasez o no de la prestación objeto de suministro, que podría representar la modificación de las condiciones contractuales por causas sobrevinientes o por la coyuntura de escasez generada por el mercado inestable.

8 Sin embargo, a nuestro criterio, cabe observar lo que ocurre en la mayoría de los casos de prestaciones recíprocas. Resulta que este estado supone la regla general, pues aparece en las obligaciones de ejecución continua y en las de ejecución periódica a requerimiento del acreedor, como sucede en los contratos de suministro y de distribución, donde en forma permanente y sin distinción se considera acreedores y deudores a los sujetos contratantes.

de la obra no sufra afectación por causa imputable al acreedor; pues cabría suspender la prestación conforme a la excepción de incumplimiento regulada en el Código Civil peruano previa comunicación formal del deudor al acreedor.

Con respecto a la resolución de las obligaciones sinalagmáticas, Mosco (1983, p. 1) nos dice:

El fundamento de la resolución hay que buscarlo con toda seguridad, en la interdependencia entre las muchas atribuciones, es decir, en el vínculo que liga recíprocamente las atribuciones derivadas de un contrato oneroso. Se ha de hacer notar, en efecto, que todas las obligaciones que se cumplan espontáneamente, esto es, que no sean impuestas por una especial disposición de la ley, tienen, o una causa gratuita (el *animus donandi*), o una causa onerosa, es decir, que están recíprocamente ligadas por una relación de atribuciones de interdependencia. Esta amplia tutela de interdependencia funcional de las obligaciones, se encuadra asimismo en la resolución por incumplimiento. [...] tiende a impedir que el deudor de una prestación ligada recíprocamente con otra, pueda ser compelido a cumplirla sin que se realice lo que la parte contraria ha prometido. También aquí la ley concede al deudor el liberarse de aquel vínculo que aceptó, para que se cumpliera la obligación recíproca.

El aspecto específico de esta acción lo encontramos en que se concede al que cumple, siempre y cuando el incumplimiento de la obligación que pese sobre la otra parte sea de tal importancia que disminuya su interés en la continuación de la relación contractual (Rubino, 1946, p. 3).

La reciprocidad implica la colaboración en sentido amplio y bajo la observancia de la buena fe absoluta, que deberá ser ejercida por los contratantes para brindar la cooperación y lograr la ejecución idónea del contrato para, con ella, obtener el máximo beneficio económico, según el marco contractual establecido.

#### **4. Noción de excepción de incumplimiento**

Como parte de los remedios defensivos frente al incumplimiento se encuentra la denominada excepción de contrato no cumplido o, si se prefiere, de inejecución, incumplimiento recíproco o, contemporáneamente, de suspensión de prestación. Se trata de una defensa (judicial o extrajudicial) que puede hacer valer el contratante a quien se le está exigiendo el cumplimiento de una obligación, cuando su contraparte no ha cumplido o no está llana a hacerlo con su obligación correlativa (Malo Valenzuela, 2016, p. 187).

En particular, la excepción se opone cuando se produce un incumplimiento recíproco de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral y supone, en opinión de nuestros tribunales, el reconocimiento implícito del incumplimiento de quien alega.

Según Cárdenas y Reveco, citando a Abeliuk, la excepción de incumplimiento es: «La defensa de fondo que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir con su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya» (Cárdenas y Reveco, 2018, p. 493).

Para Borda (2018, p. 189): «La excepción de incumplimiento contractual (también llamada *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca) es, entonces, la facultad que tiene un contratante de diferir legítimamente el cumplimiento de su propia obligación, hasta tanto la otra no cumpla la suya u ofrezca cumplirla simultáneamente, a menos que esta última sea a plazo».

Ahora bien: este remedio también lo recogen en el Código Civil español, francés y alemán, y la doctrina lo denomina de la misma manera que en Chile. Tampoco es exclusivo de la tradición continental: en el sistema anglosajón es conocido como *defence of refusal to perform* o *defense of non performance*. Este remedio también ha sido incorporado en el proceso de armonización del derecho de obligaciones. Así lo reflejan el *Draft Common Frame of Reference* (artículo 3: 401), y los Principios Europeos de Derecho de Contratos (artículo 9: 201 PECL). Finalmente, la institución se reconoce en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (artículo 71 CISG), entre otros (Cárdenas Villarreal & Reveco Urzúa, 2018, p. 491).

Siguiendo a Borda (2018, p. 189), la parte a quien se le reclama el cumplimiento de la obligación —quien plantea la excepción— puede retardar su ejecución hasta que la otra cumpla con la suya, no incurriendo en mora el deudor, puesto que su demora responde a un derecho legítimo.

Cuando se buscan los fundamentos de la excepción de contrato no cumplido, se suelen esbozar dos tipos de razones. Las primeras de ellas están vinculadas a la causa del contrato, particularmente a la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato bilateral, junto con el principio de ejecución simultánea; mientras que las segundas guardan relación con el principio de buena fe contractual.

Los efectos de la excepción de incumplimiento no se limitan a la paralización de la pretensión de la contraparte en el caso en el cual la otra parte resulte incumplidora, o esté retrasada en el cumplimiento, sino que pueden producir efectos ulteriores en el futuro eventual juicio de incumplimiento, ya que uno de los caracteres fundamentales sobre los cuales se centra la figura de la excepción de incumplimiento está representado por el hecho de que la negativa por parte del contratante de cumplir la propia obligación, como ejercicio de la autotutela privada, para ser calificado legítimo, y por tanto no arbitrario y no abusivo, no debe ser contrario a la buena fe (Gabrielli, 2014).

A su vez, Benedetti (2018, p. 223-224)<sup>9</sup> establece que el ordenamiento jurídico no permite el abuso del derecho, protege el vínculo contractual y a la parte débil. Pautas que deberán ser ejercidas con prudencia al momento de establecer la excepción de incumplimiento, pues este remedio contractual no podría implicar un acto

9 «In dottrina si è sempre affermato che l'eccezione di inadempimento svolge una funzione dilatoria o sospensiva avendo lo scopo, essenzialmente, di agevolare o stimolare una successiva e regolare attuazione del sinallagma contrattuale, poggiando sull'idea che l'inadempiente sia indotto ad adempiere per poter conseguire la controprestazione, sospesa dal creditore; chi se ne serve spera che il rapporto contrattuale torni sui binari programmati, si fida ancora, in breve, delle capacità dell' altra parte di adempiere al contratto; l' ordinamento autorizza la sospensione, ma, conscio dei possibili abusi e desideroso di proteggere il vincolo contrattuale, ne ancora la legittimità a un giudizio di buona fede/proporzionalità (economica) specificatamente richiamato proprio al secondo comma dell'art. 1460 c.c.».

de mala fe ocultando una intención subjetiva u objetiva del cumplimiento en la fase de ejecución de la prestación pactada.

Podría implicar una mala práctica contractual por parte del contratante, que utilizaría de forma perversa la excepción de incumplimiento para incumplir con la ejecución de la prestación recíproca que le corresponde, sin mayor sustento o fuente lícita que le habilite no cumplir con el contrato.

Con respecto a la pluralidad de sujetos obligados recíprocamente, es necesario recurrir a los conceptos de obligaciones divisibles e indivisibles. Según Borda:

No caben dudas que la *exceptio* procederá siempre que la prestación reclamada sea indivisible, aun cuando la prestación fuera divisible, quien demandará hubiera cumplido con su parte. También procederá si la prestación reclamada fuera divisible y la del reclamante indivisible y esta no hubiera sido absolutamente cumplida. El incumplimiento (sea total, sea parcial) permite alegar la excepción. ¿Qué ocurre si ambas prestaciones fueran divisibles? La parte del artículo 1031, siguiendo las pautas del anteproyecto de Bibiloni y de los arts. 719 del Código Civil paraguayo, y 320 del Código civil alemán, da la solución. En efecto, allí se dispone que, si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada una hasta la ejecución completa de la contraprestación. (Borda, 2018, p. 223-224)

Es importante determinar algunas pautas respecto a la divisibilidad o no de la prestación, que, conforme al Código Civil peruano, establecen diversas reglas entre los artículos 1172 y 1181. La doctrina mayoritaria ha establecido, respecto a la divisibilidad de la prestación, que su esencia reposa en tres modalidades para determinar la divisibilidad: a) fuente legal, b) contractual y c) por la naturaleza de la prestación.

En virtud de una norma legal, se podrá determinar la posibilidad de la divisibilidad de la prestación, fin para el que es necesario verificar, conforme al pacto de las partes (en forma amplia y sin limitaciones), si las prestaciones serán divisibles o indivisibles y, finalmente, habrá prestaciones que no podrán ser divisibles, con el fin de no perder su característica o posibilidad física (la prestación de cantar en un concierto, la del informe oral de un abogado o la de entregar un caballo de carrera a un futbolista).

El contrato de suministro mantiene una esencia de mantener prestaciones divisibles por su naturaleza de ser continuas y periódicas. Al respecto, sostenemos:

Resulta primordial interpretar la naturaleza jurídica del contrato de suministro bajo los principios de prestaciones periódicas y continuas, y con meticuloso alcance del pacto de las partes contratantes, respecto a la imposición de penalidades, si las prestaciones están establecidas de manera divisible o indivisible, los acuerdos de preferencia, exclusividad, la estipulación de un plazo determinado o indeterminado, y el derecho de elección. En consecuencia, la negociación y ejecución del suministro deberá ser ejercida por el acreedor y deudor, siempre con una adecuada interpretación del derecho de obligaciones y las reglas de las consecuencias de la teoría de la resolución contractual establecidas en el Código civil peruano. (Vidal & Romaní, 2018, p. 249-250)

## 5. Excepción de incumplimiento en el Código Civil peruano y otras legislaciones

El artículo 1426 del Código Civil señala: «En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento». Con esta norma el Código Civil peruano regula la *exceptio non adimpleti contractus*.

Por su parte, Max Arias Schreiber sostiene que tal precepto:

autoriza a suspender sus efectos, con la finalidad de presionar la satisfacción de la prestación pendiente. En el origen que se remonta a los post-glosadores, fue creada la denominada excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus*. Como toda excepción, se trata de un instrumento de defensa que permite al contratante a quien se le exige el cumplimiento de su prestación, negarse válidamente y suspenderla. Tan exacto es ello que, si se satisface la contra prestación o se garantiza su cumplimiento, la relación obligacional recupera su operatividad. (Fernández Fernández, 2004, p. 497)

Se debe precisar, conforme acertadamente sostiene Sacco, citado por Manuel De la Puente y Lavalle, que:

[...] la excepción de incumplimiento, a diferencia de la resolución por incumplimiento, no tiende a destruir la relación jurídica obligacional sino a reforzarla garantizando la prestación insegura. En efecto, la excepción de incumplimiento no ataca el vínculo contractual, pues precisamente se basa en la existencia de este para forzar al demandante para cumplir simultáneamente con el demandado, bajo pena de no obtener entretanto la satisfacción de su crédito. (Fernández Fernández, 2004, p. 497)

En nuestra opinión, *la exceptio non adimpleti contractus*, que solo puede hacerse valer en los contratos con prestaciones recíprocas, debido a que nacen obligaciones de fiel cumplimiento a cargo de ambas partes contratantes, consiste en el legítimo derecho que tiene uno de los contratantes de suspender la prestación a su cargo si la otra no cumple u ofrece cumplir simultáneamente la que le corresponde; por tanto, sería sumamente injusto que una de las partes pudiese exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra, sin que por su parte cumpliera simultáneamente con sus propias obligaciones (Fernández Fernández, 2004, p. 497).

De lo contenido en el citado artículo 1426 del Código Civil se evidencia que en los contratos sinalagmáticos existen prestaciones a cargo de una de las partes o, para ser más precisos, una prestación y contraprestación que se corresponden, siendo la prestación la conducta debida por el deudor, y la contraprestación, la conducta prometida y debida por el acreedor a favor del deudor. Podemos decir que ambas, prestación y contraprestación, son las dos caras de una misma moneda, pues la una depende de la otra, en virtud de que en este tipo de contratos sinalagmáticos, si no existe el incentivo, si queremos llamarlo así, o una contraprestación pactada a favor



del deudor, no habría motivo para obligarse a una prestación; y, por consiguiente, si no existe una prestación a favor del acreedor, no hay razón para desplegar la contraprestación; de ahí que estos tipos de contratos reciban el nombre de contratos con prestaciones recíprocas (Chang Hernández, 2019, p. 195).

Por ende, esta figura se erige como una solución a la inexecución de las prestaciones a cargo de alguno de los contratantes, sin llegar al punto de disolver la relación contractual: se intenta mantener un equilibrio situacional entre ambos sujetos contractuales en un contexto de incumplimiento (Hernández, 2018, p. 119).

Cuando se buscan los fundamentos de la excepción de contrato no cumplido, se suelen esbozar dos tipos de razones. Las primeras de ellas están vinculadas a la causa del contrato, particularmente a la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato bilateral, junto con el principio de ejecución simultánea; mientras que las segundas tienen que ver con el principio de buena fe contractual.

De la lectura del artículo 1426 del CC, de lo expuesto por la doctrina nacional y de algunos fallos de la Corte Suprema del Perú, para que la excepción de incumplimiento sea invocada de forma correcta se deben presentar conjuntamente los siguientes requisitos: 1. Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente. 2. Incumplimiento por el acto de su prestación. 3. Falta de incumplimiento del excepcionante. 4. La buena fe.

En esta línea, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado al respecto y en la Casación N° 917-2012-Callao (*El Peruano*, 30 de junio de 2015), y en la Casación N° 291-2015-Lima Norte se coincide que para que opere esta excepción: «[...] se tendrá que acreditar la existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente [...] asimismo deberá corroborarse la falta de incumplimiento del excepcionante y la buena fe» (Hernández, 2018, p. 119).

En la legislación argentina, en el artículo 1031, el Código Civil y Comercial se refiere a la suspensión del cumplimiento, donde se establece:

En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

Para Borda, del siguiente artículo podemos entender lo siguiente:

Al referirse la norma a la posibilidad de deducirla como acción se comprenden dos supuestos diferentes pero similares: que se alegue al demandar o al reconvenir. [...] En efecto, si la excepción de incumplimiento contractual se opone como acción (demanda o reconvencción) interrumpe el curso de la prescripción, pues éste es el efecto de toda petición del titular de un derecho hecha ante la autoridad judicial que traduzca la intención de no abandonar tal derecho (artículo 2456). En cambio, su articulación como una mera defensa no interrumpe el curso de la prescripción de la acción de cumplimiento de la prestación debida por el actor,

pues no se está reclamando su cumplimiento sino solo justificando el propio incumplimiento. (Borda, 2018, p. 189-190)

La *exceptio non adimpleti contractus* se encuentra consagrada igualmente en distintos cuerpos normativos en materia internacional, como los Principios UNIDROIT (artículo 7.1.3), los PECL (artículo 9:201) y el Marco Común de Referencia (artículo III.-3:401). Hacen lo propio un sinnúmero de legislaciones de América, Italia y Portugal. Por otro lado, la jurisprudencia de países donde sus códigos regulan este principio únicamente para los acuerdos de compraventa ha extendido esta *exceptio* a los contratos en general. Así, en Francia, en el caso Carbonnier, los tribunales resolvieron que es la noción del contrato sinalagmático la que determina el alcance del principio. En consecuencia, la objeción resulta admisible en los contratos verdaderamente sinalagmáticos e, incluso, hasta en contratos sinalagmáticos imperfectos (Moreno Rodríguez, 2017, p. 352).

El artículo 476<sup>10</sup> del Código civil brasileño regula la excepción de incumplimiento, bajo la denominación de excepción del contrato no cumplido. «En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes, antes de cumplida su obligación, puede exigir el cumplimiento al otro».

La excepción del contrato no cumplido no constituye el medio de extinción del contrato, sino el medio de defensa para ser invocado, en los contratos bilaterales, contra la exigencia del cumplimiento, fundamento de incumplimiento de la parte contraria. Por lo tanto, es una verdadera excepción de la ley material. El efecto de la excepción al contrato incumplido no es rescindirlo, sino suspender la exigibilidad de la obligación en virtud del contrato (Schreiber, Tartuce et al., 2019, pp. 280-281).<sup>11</sup>

El artículo 477<sup>12</sup> del Código Civil de Brasil regula la excepción de inseguridad respecto a la posibilidad cuando por razones atendibles se justifique la paralización de la prestación.<sup>13</sup>

---

10 Da exceção de contrato não cumprido. Artigo 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

11 «Pressuposto do instituto é o vínculo de dependência funcional entre as obrigações de parte a parte. Daí o Código Civil limitar sua incidência aos contratos bilaterais. Descabe a *exceptio* se ausente esse vínculo. É o caso do contratante que se recusa a cumprir uma obrigação principal em virtude do descumprimento de uma obrigação meramente acessória, tal como no exemplo do comprador que deixa de efetuar o pagamento do automóvel de passeio, já entregue, por ter o vendedor deixado de fornecer o manual do veículo. Mesmo quanto às prestações interdependentes, aplica-se a teoria do adimplemento substancial, não se admitindo a suspensão da exigibilidade diante de descumprimento de pouca importância. Embora o Código Civil reconheça tão somente a exceção fundada no descumprimento da obrigação, a doutrina admite a paralisação também nos casos em que o cumprimento é defeituoso. Falase, neste caso, em *exceptio non rite adimpleti contractus*».

12 «Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la».

13 «O art. 477 trata da chamada exceção de insegurança. Assim como ocorre na exceção do contrato não cumprido (art. 476), também aqui não se trata de hipótese de extinção do contrato, mas de mera suspensão da exigibilidade do cumprimento diante do fundado risco de que o contratante que exige a prestação a que tem direito não venha a efetuar a prestação que lhe compete. É aplicável, por exem-



El artículo 1609 del Código Civil colombiano establece: «En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos».

Se determina la necesidad del cumplimiento simultáneo de las prestaciones bilaterales en el modo (forma) y el plazo (tiempo) fijados en el contrato. Esto quiere decir que no se incurre en mora de cumplir lo pactado mientras no se cumple, porque la contraparte no cumple con lo correspondiente a su obligación.

La Sentencia T-537 de 2009 se pronunció sobre la naturaleza de la excepción de contrato no cumplido en los siguientes términos:

El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos connaturales a las obligaciones contractuales bilaterales, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes de una relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida.

La idea de esta figura es brindar una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos cargo de las partes contratantes, evitando que estas queden en un estado de indefinición permanente.

En este sentido, ha manifestado la Corte Suprema: «Es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia [el mutuo incumplimiento], no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia [...] a la indefinida expectativa de que —en algún tiempo— pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción.<sup>14</sup>

---

plo, ao caso do vendedor de uma lancha que, às vésperas da entrega do veículo, lê no jornal que o comprador sofreu grande revés na bolsa de valores. Nesse cenário, pode deixar de entregar o bem até que o comprador pague o preço ou dê garantia suficiente do seu pagamento. Pouco importa aí se as partes ajustaram datas diferenciadas para suas respectivas prestações. O fato objetivo da diminuição patrimonial significativa, que consubstancia fundado risco de inadimplemento, justifica a paralisação da exigibilidade. A exceção de insegurança não confere a quem a invoca direito à prestação antecipada, nem à caução, mas apenas ao retardamento da sua própria prestação. Eis o ponto de aproximação com a exceção do contrato não cumprido. Ao outro contratante é que caberá escolher entre efetuar antecipadamente sua prestação ou dar caução para obter a prestação a que tem direito, se assim o desejar. Registre-se que o artigo em comento só menciona risco de inadimplemento derivado de diminuição patrimonial. Ainda assim, é possível cogitar de outros fatos objetivos que suscitem fundado risco de não cumprimento do contrato, como a declaração explícita do contratante de que não irá cumprir sua obrigação no momento do vencimento. Também nessas hipóteses, o art. 477 deve ser, por analogia, aplicado: «A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual» (Enunciado n. 438 da V Jornada de Direito Civil).

14 G. J. Tomo CXLVIII, p. 246.

En reciente jurisprudencia colombiana, en la Sentencia N° SC2307-2018, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup> explicó la importancia de la cláusula contenida en el artículo 1609 bajo los siguientes criterios:

Para ello, primero hizo referencia a la figura de la condición resolutoria tácita contenida en el artículo 1546 del Código Civil, en virtud de la cual en los contratos bilaterales el contratante cumplido tiene la facultad de pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones adquiridas.

Al respecto, expuso que:

cuando las partes deben acatar prestaciones simultáneas, para hallar acierto a la pretensión judicial fincada en el canon 1546 citado, es menester que el demandante haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria o la de cumplimiento prevista en el aludido precepto, en concordancia con la *exceptio non adimpleti contractus* regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

## 6. Criterios de la Corte Suprema de la República

Respecto a los fallos en sede casatoria sobre la excepción de incumplimiento contractual, hemos recopilado una serie de sentencias:

a) *CAS N° 2368-2014 Lima Norte*. No se puede omitir un pronunciamiento sobre la excepción de incumplimiento contractual a pesar de la ausencia de circunstancias que la justifican.

Se omitió emitir pronunciamiento respecto de la excepción de incumplimiento (prevista en el artículo 1426 del Código Civil) que viene alegando la parte demandada desde que contestó la demanda y que vuelve a invocarla al formular apelación contra la sentencia de primera instancia, asunto que puede tener incidencia directa en el tema que es materia de controversia, pues uno de los presupuestos para que esta última prospere consiste precisamente en que no existan circunstancias que justifiquen el incumplimiento (ausencia de circunstancias justificantes).

NOVENO. Que, de la revisión de la sentencia apelada, se advierte que se ha omitido emitir pronunciamiento respecto de la excepción de incumplimiento (prevista en el artículo 1426 del Código Civil) que viene alegando la parte demandada desde que contestó la demanda (véase, fojas noventa y cuatro a ciento tres), y que vuelve a invocarla al formular apelación contra la sentencia de primera instancia (véase, fojas trescientos noventa y uno a cuatrocientos dos), conforme puede leerse en los puntos 5 y 6 del referido recurso, asunto que puede tener

---

15 Casación SC2307-2018 (25 de junio de 2018) – Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia.

incidencia directa en el tema que es materia de controversia (la resolución de un contrato), pues uno de los presupuestos para que esta última prospere consiste precisamente en que no existan circunstancias que justifiquen el incumplimiento (ausencia de circunstancias justificantes). Cabe recordar que una debida motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el juez ha decidido una controversia en un sentido determinado.

DÉCIMO PRIMERO. Que, al declarar, el *ad quem*, la accesión de las edificaciones levantadas sobre el terreno que fue materia de venta, a favor del demandante, está extendiendo su resolución a extremos que van más allá del petitorio, modificando el mismo, vulnerando así el derecho de defensa de la parte demandada, el principio de congruencia procesal y el principio de contradicción.

DÉCIMO SEGUNDO. Que lo sostenido precedentemente hace evidenciar que la sentencia apelada no solo se encuentra indebidamente motivada sino que tampoco se ajusta al mérito de lo actuado, debiendo ampararse el recurso por la causal de infracción normativa procesal que la recurrente ha descrito como infracción a los principios de razón suficiente y de contradicción.

b) CAS. Nº 185-2015 Lima Este. No procedería la excepción de incumplimiento de pago, aunque el bien era litigioso de conformidad con lo pactado en la compraventa (transferencia de bien y pago de precio).

El juez se encuentra en la obligación de atender y analizar los medios probatorios que intentan acreditar un hecho alegado por alguna de las partes, ya sea en la demanda, en la contestación a la demanda o en el escrito en el que se ofrezcan nuevos medios probatorios, siempre que estos cumplan los requisitos para su admisión, constituyendo la omisión a tal precepto una infracción a la norma que establece la finalidad de los medios probatorios, contenida en el artículo 188 del acotado Código.

DÉCIMO. En el mismo contexto fáctico y normativo, este Supremo Tribunal advierte que la Sala Superior no ha analizado con suficiencia el documento que contiene al Contrato de Compraventa materia de Resolución, corriente a fojas diez y once, a efectos de determinar los alcances de lo pactado por las partes y la implicancia de ello en la pretensión planteada, por cuanto de un lado el demandante alega incumplimiento del contrato por falta de pago y del otro el recurrente sostiene que tuvo motivos para incumplir con su obligación. En efecto, en el escrito de contestación a la demanda el accionado señaló que dejó de pagar el saldo del precio pues el demandante lo estafó, al venderle un terreno litigioso.

La Sala Superior, a este respecto, menciona en su octavo considerando que:

«[...] el “carácter litigioso” del bien sub litis fue publicitado en la Ficha Registral correspondiente (ver fojas 309) desde fecha anterior a la celebración del contrato de compra venta, presumiéndose que el demandado tenía pleno conocimiento de este hecho al celebrar el contrato en aplicación del principio de publicidad recogido en el artículo 2013 del Código Civil, por lo que, si existía alguna presunta situación irregular del predio, debió el interesado realizar las averiguaciones pertinentes y no utilizarlo como justificación para incumplir el pago [...].», lo que de

modo alguno agota el examen de la «excepción de incumplimiento contractual» que recoge el artículo 1426 del Código Civil, y que era imprescindible desarrollar desde que el propio demandante reconoce que el contrato celebrado con su contraparte era uno con prestaciones recíprocas, cuando invoca como fundamentos de derecho lo disciplinado por el artículo 1428 del mismo cuerpo legal.

DÉCIMO PRIMERO. Igualmente, no se aprecia que la Sala Superior haya acabado el análisis del contenido, objeto y alcances del contrato materia de resolución, con explicitación del resultado de ese examen, conducente a justificar con suficiencia la orden de devolución de las prestaciones (y sobre todo del bien materia de la compraventa) en el estado en que se encontraran al momento en que se produce la causal de resolución, acorde a lo previsto por el Artículo 1372 del Código Civil.

b) CAS. N° 4240-2014 Lima Norte. Procede suspender las cuotas de pago del precio si el vendedor no cumple con su obligación de saneamiento.

Excepción de incumplimiento. Para invocar la excepción de incumplimiento como medio de defensa de fondo se deben cumplir los siguientes requisitos: a) existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente; b) incumplimiento por el actor de su prestación; c) falta de incumplimiento del excepcionante; y d) buena fe, artículo 1426 del CC.

Demandante: Por contrato de cesión de derechos de fecha veintiséis de diciembre del dos mil tres, la actora entregó a los demandados el inmueble antes mencionado, por el precio de seis mil ochocientos dólares americanos, suma que sería pagada en cincuenta y tres cuotas mediante letras de cambio, las que sin razón ni justificación alguna dejaron de abonar.

Demandado: Es verdad que suscribió el contrato de cesión de derechos de fecha veintiséis de diciembre del dos mil tres para efectos de adquirir el lote de terreno ubicado en la Manzana R, Programa de Vivienda Residencial Santa Catalina de Oquendo, sin embargo, es falso que sin razón ni justificación legal alguna haya dejado de abonar las cuotas pactadas, pues lo cierto es que la actora se comprometió a formalizar la venta del lote de terreno que en aquella fecha no era de la vendedora, menos aún existe inscripción alguna en Registros Públicos.

SÉPTIMO. Ahora bien, todo lo antes expuesto permite establecer que en este caso sí se presentan los presupuestos para la procedencia de la excepción de incumplimiento, pues, en cuanto al primer requisito, se tiene que el contrato de cesión de derechos de fecha veintiséis de diciembre del dos mil tres, en realidad, constituye un contrato de compraventa con prestaciones recíprocas, toda vez que, por un lado, la vendedora Compañía Promotora de Vivienda Progreso SRL asumió como prestación la transferencia del inmueble consistente en un lote de terreno de la Manzana E, Lote número veintiuno, del Programa de Vivienda Residencial Santa Catalina de Oquendo, Provincia Constitucional del Callao, conforme se advierte de las cláusulas segunda y tercera de dicho acto jurídico; por otro lado, los compradores Miriam Liliana Donayre Sevilla y Edward Willian Escate Camacho asumieron como contraprestación el pago del precio de dicho predio en la suma de seis mil ochocientos dólares americanos, tal como se aprecia de la cláusula cuarta; asimis-

mo, la empresa cedente se obligó al saneamiento y regularización de los dominios de la propiedad hasta su inscripción correspondiente y, en caso de evicción, la cedente se obligaba a regularizar sin perjuicio de los cesionarios, tal como se desprende de las cláusulas sexta y séptima del contrato submateria.

En cuanto al segundo presupuesto, sobre el incumplimiento de la actora, aquí debe precisarse que este se encuentra acreditado con la copia certificada de la Partida Registral número P01265663, obrante a fojas ciento treinta y seis, pues se demuestra que, a pesar de haber trascurrido diez años de la celebración de la transferencia del predio, este aún está inscrito a nombre de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural y no de la vendedora, incumpliendo así las obligaciones a las que se había comprometido.

Sobre el presupuesto de la falta de incumplimiento de la demandada, es pertinente anotar que, en cuanto al pago del precio del predio objeto de transferencia, los contratantes acordaron el pago de seis mil dólares americanos por dicho bien, precio que se cancelaría mediante el pago de una cuota inicial de ochocientos dólares americanos y el saldo restante a través de cincuenta y tres letras de cambio. Así pues, se tiene probado por el propio dicho de la actora vertido en la demanda de fojas veintiséis, la demandada cumplió con pagar diecinueve cuotas de las cincuenta y tres cuotas pactadas, suspendiendo el pago de las mismas al advertir que la vendedora no había cumplido con la prestación a su cargo consistente en el saneamiento y regularización de los dominios de la propiedad hasta su inscripción correspondiente. En cuanto a la buena fe, debe señalarse que no se ha probado la mala fe de la excepcionante, teniendo en cuenta que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse.

c) CAS. 2655-2018. Lima. Consorcio Peruano Alemán Sociedad Anónima Cerrada. OCTAVO.- Respecto a la infracción descrita en el ítem a), cabe mencionar que, el artículo 1426 del Código Civil, trata sobre la figura de la «excepción de incumplimiento», que consiste en el derecho que tiene uno de los contratantes de suspender la prestación a su cargo, si la otra no cumple u ofrece cumplir simultáneamente, la que le corresponde; en este caso, el recurrente manifiesta que no cumplió con efectuar la pre independización del bien que establecía la cláusula 3.3 de la minuta de compraventa de inmuebles con arras confirmatorias de fecha veintidós de marzo de dos mil cinco, debido a que, dicha cláusula había sido modificada mediante el documento denominado «ACUERDO»; sin embargo, este Supremo Tribunal considera que la infracción denunciada merece ser *desestimada*, al no tener incidencia en la decisión de fondo que declaró improcedente la demanda, atendiendo a que dicho documento recién ha sido presentado por la parte demandante al momento de presentar su recurso de casación, es decir, es un documento que no ha sido admitido como medio probatorio al no haber sido presentado en la etapa postulatoria, por lo que no corresponde ser meritudo.

d) CAS. 2422-2017. Apurímac. Otorgamiento de escritura pública.

DÉCIMO PRIMERO.- En lo que respecta a la causal descrita en el literal 3), corresponde precisar que, acorde a lo establecido en el quinto párrafo del numeral

6 del artículo segundo de la decisión del Noveno Pleno Casatorio Civil, Casación número 4442-2015-Moquegua publicado en el Diario Oficial El Peruano el dieciocho de enero de dos mil diecisiete: «En los procesos de otorgamiento de escritura pública el juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa». De lo que se colige que acorde al referido Pleno Casatorio Civil, en el proceso de Otorgamiento de Escritura Pública sí se puede analizar el cumplimiento del pago; implicando lo expuesto que la instancia de mérito se habría apartado inmotivadamente del Noveno Pleno Casatorio Civil; sin embargo, ello no necesariamente invalida la sentencia, dado que acorde a lo establecido en el artículo 388 inciso 3 del Código Procesal Civil, se requiere demostrar cuál sería la incidencia de dicho apartamiento inmotivado en el fallo, lo cual no ocurre, en razón a que, como ha concluido el juez de la causa, del tenor de la minuta que contiene la compraventa materia de la demanda, se advierte que la parte demandada vendedora acepta haber recibido el pago total del precio. Por lo que corresponde declarar infundado el recurso de casación en todos sus extremos.

## 7. Casos prácticos

### **La concesión de un área comercial en la fábrica «Pescao Perú»**

Una empresa, mediante acuerdo contractual de concesión, cede el uso y disfrute del espacio de un inmueble para el negocio de un comedor a otra empresa «concesionaria» con el fin de brindar el servicio de alimentación a trabajadores de una fábrica de productos pesqueros. La contraprestación se fija en el pago del 18 % de cada *ticket* o venta por concepto de alimentos, y el plazo del contrato se fijó en 7 años. El contrato mantiene una cláusula de exclusividad sobre el área del restaurante y un acuerdo de la variación (incremento de la contraprestación) generado por el incremento del 20 % de la demanda de los comensales en forma anual en su ingreso al comedor.

Al siguiente año fiscal, la alta demanda en el mercado peruano de productos pesqueros ha generado que la fábrica «Pescao Perú» incremente a un 400 % su capacidad de producción y, con ello, la contratación de personal.

El negocio del comedor incrementa su demanda en un 40 %, ante lo cual la empresa concedente «propietaria» del área del comedor requiere, con carta notarial, cumplir con la cláusula de variación de la contraprestación del incremento del 20 % a la empresa concesionaria. La empresa concesionaria contesta, precisando que a inicios del año una segunda o nueva concesionaria ha ingresado y establecido un segundo comedor a 50 metros de su negocio, y que este acto de competencia desleal y no exclusividad le genera pérdidas económicas. Con ello, finaliza, no podrá cumplir con el requerimiento del incremento de la contraprestación y establece el incumplimiento del contrato imputable a la concedente.



La concedente contesta a la concesionaria expresando que el contrato exclusivamente se circunscribe a los 50 metros cuadrados del restaurante o comedor, que no incumplió con la cláusula de exclusividad, por cuanto la fábrica «Pescao Perú», en el espacio de su propiedad en la fábrica, entregó por comodato a una empresa (de su grupo empresarial) un área con el fin de establecer un segundo comedor, por el incremento de sus trabajadores y dada la imposibilidad de la capacidad de atender por la concesionaria en forma idónea a sus trabajadores y las quejas y actos de insalubridad del comedor en investigación por la autoridad administrativa de salud. La empresa concesionaria remitió una petición de arbitraje a la empresa concedente y a la empresa «Pescao Perú», sin haber activado la cláusula escalonada del trato previo.

Las figuras de la excepción de incumplimiento, resolución de contrato, aplicación de penalidades, causa imputable a un tercero e, incluso, la presencia de la parte no signataria, necesariamente serán expuestas y acreditadas en el litigio arbitral.

### **Distribución de gaseosas**

Una empresa de fabricación de gaseosas contrató con otra empresa, bajo la estructura del contrato de distribución, incorporando las siguientes reglas contractuales: a) zona territorial de distribución, b) descuentos en la venta de productos, c) exclusividad en la zona territorial y no competencia, y d) confidencialidad de los puntos de ventas y la cadena de clientes generadas por el distribuidor.

Sucede que al tercer año la empresa que fabrica las gaseosas, en forma unilateral, permite el ingreso de un nuevo distribuidor dentro de la zona territorial exclusiva del primer distribuidor, y entrega unilateralmente la lista de los puntos de ventas para que se pueda beneficiar al segundo y nuevo distribuidor.

Esta práctica contractual, «no respetar la exclusividad territorial y la cláusula de no competencia» de forma unilateral y no establecida por adenda, a pesar de la aplicación de la teoría de los actos propios ensayada por la fábrica, deberá ser cotejada con el principio de equidad y equilibrio económico-financiero. Resulta una conducta que atenta contra la buena fe contractual y la vulneración de la exclusividad y no competencia con el ingreso de un nuevo distribuidor generando pérdidas económicas (lucro cesante) y según la estructura de costos un daño emergente, cuantificados de forma real y prudente. Y dejando habilitada la posibilidad de interponer una resolución de contrato imputable a la fábrica de gaseosas.

Bajo el contexto del incumplimiento de las obligaciones correspondientes a la fábrica de gaseosas, en claro perjuicio de la empresa de distribución o canal de ventas, la aplicación de la excepción de incumplimiento del artículo 1426 del Código Civil peruano resultaría aplicable para suspender sus obligaciones de dar (sumas de dinero impagas), hacer (distribución de las gaseosas en puntos de ventas) e incluso de no hacer (no exclusividad). El incumplimiento generado por la fábrica habilita a su contraparte a suspender sus obligaciones contractuales.

## **8. Excepción de incumplimiento en el contrato de intermediación laboral ante presencia del COVID-19**

El negocio de intermediación laboral involucra un ejemplo perfecto de contratos con prestaciones recíprocas, pues la limpieza será efectuada de forma diaria y sin interrupción, con permanencia del personal, entrega de materiales de limpieza, supervisión y el cumplimiento de amplios *compliance* (laboral, civil, penal o administrativo) en favor de la empresa usuaria en su condición de acreedor. Y este acreedor se obliga a pagar de forma mensual la retribución o contraprestación por el servicio de limpieza. Es importante establecer que, en promedio, el 80 % de la estructura de costos por el servicio de intermediación laboral corresponde al concepto del pago de los derechos laborales, pensionarios y seguros, y el 20 % será asignado a materiales de limpieza, insumos, maquinarias y la utilidad en favor de la empresa de intermediación.

Ambas partes contratantes, con el fin de dar cumplimiento mensual del contrato en forma mutua y simultánea, se deben prestaciones recíprocas. La más importante por la empresa de intermediación, la de brindar el servicio de limpieza, sin interrupción y en forma diligente; y por la empresa usuaria, pagar mensualmente la contraprestación.

Con el fin de ingresar al análisis de los aspectos contractuales prácticos en la coyuntura del COVID-19, en el negocio de la intermediación laboral, presentamos dos escenarios:

- a) *Actividades de intermediación relacionadas con el DU N° 044-2020-PCM.* Si las empresas o entidades públicas vinculadas a las labores esenciales y que atiendan el estado de emergencia, dentro los rubros de alimentación, banca o salud, mantienen personal de limpieza, desde el inicio de la cuarentena, la empresa de intermediación no debería reducir la cantidad de operarios (con la salvedad que no participan del ciclo productivo) destacados a la empresa usuaria, con lo cual un supuesto de resolución contractual no mantendría asidero, sin perjuicio de dejar establecido que se podría ampliar la demanda de mayor personal de limpieza, derivada de un incremento descomunal de los pacientes en clínicas y hospitales o en las plantas de producción, almacenamiento o depósito de los alimentos. Incluso, por la escasez de operarios de limpieza se podría generar una excesiva onerosidad o sobre costo del servicio de intermediación laboral.
- b) *Actividades de intermediación ajenas con el DU N° 044-2020-PCM.* Sin duda, la principal contingencia laboral y financiera se encuentra representada por este bloque de actividades numerosas. Una tienda por departamentos, agencias de turismo, discotecas, tragamonedas o restaurantes, al no existir actividad empresarial principal, la actividad accesoria de limpieza sería innecesaria, surgiendo las implicancias de reducción de la contraprestación o suspensión del contrato de intermediación, por causas ajenas a la voluntad de la empresa usuaria y de la empresa de intermediación. Ante este escenario, se podrían establecer adendas de reducción de gastos en la estructura de costos (utilidad, materiales o insumos de limpieza o



gastos administrativos) fuera de los aspectos laborales que vinculen a las empresas de intermediación. La prestación de dar y hacer (limpieza) no se estaría cumpliendo por causa no imputable al deudor y tampoco al acreedor. La reducción de la contraprestación y conforme al plazo de vigencia del contrato sería una fórmula comercial más acertada y bajo el principio de la buena fe contractual.

Conforme a los amplios alcances del D.S. N° 044-2020-PCM, generados en el negocio de intermediación laboral, salvo las actividades o servicios permitidos, nos encontramos ante un escenario real, donde ya no existe la necesidad del servicio de limpieza o esta desapareció, y a su vez podría existir una variación o reducción de las labores de limpieza en los establecimientos de la empresa usuaria, que podría involucrar amplias posibilidades (reducción de personal, suspensión del servicio de limpieza, culminación o renegociación del contrato).

Bajo este escenario, de estar permitido por Ley, la imposibilidad de brindar la prestación de intermediación (limpieza) por causa no imputable al deudor, por la alta contingencia laboral (demandas o denuncias de los operarios a la empresa usuaria vía solidaridad), ante una posible resolución del contrato principal (en perjuicio de la empresa de intermediación), y con el fin de prevenir posibles sanciones de la SUNAFIL, es necesario arribar a un pacto de modificación del contrato y, bajo concesiones recíprocas, establecer nuevas condiciones (disminución de la cantidad de operarios, materiales de limpieza, gastos administrativos y porcentaje de la utilidad de la empresa de intermediación) con el propósito de mantener el vínculo contractual durante el período de la cuarentena e incluso su ampliación, por lo que resulta forzoso conservar en estas complicadas circunstancias el negocio de la intermediación laboral.

A manera de casuística reseñamos un posible escenario. Una empresa de intermediación laboral contrata con una entidad bancaria para brindarle el servicio de limpieza con 20 operarios. Esta figura contractual implica una contratación laboral indirecta, por la cual la empresa de intermediación suministra el personal, administra la planilla y a sus trabajadores desplazados en forma física a las oficinas o instalaciones de la empresa usuaria, que se beneficia de la prestación «limpieza» y con aplicación amplia de las prestaciones de dar, hacer y no hacer.

Conforme a la ejecución del contrato, la empresa usuaria o bancaria (quien se beneficia de la prestación de limpieza) mantiene un adeudo de 3 meses de pago de la contraprestación en favor de la empresa de intermediación, en el estricto de que el servicio de intermediación laboral no implica un servicio de locación tradicional (abogados, ingenieros o consultoras) por el contenido legal de consecuencias laborales, la empresa de intermediación, en forma expresa, deberá comunicar la aplicación de la excepción de incumplimiento, con el tenor que la falta de pago de la contraprestación genera la suspensión de la prestación de limpieza por causa imputable al acreedor. Cabe la aplicación perfecta del artículo 1426 del Código Civil peruano.

Conforme al contexto presente, «estado de emergencia», las diferentes entidades financieras están autorizadas a brindar sus servicios y operar en el mercado, con lo cual resulta impertinente atribuir su falta de pago de la contraprestación a hechos externos o imposibilidad de generar el negocio financiero, siendo perfecto por la

empresa de intermediación el planteamiento de la excepción de incumplimiento, lo cual no implica dejar de observar o seguir el mecanismo de resolución de contrato, salvo que la empresa de intermediación, conforme a la cláusula resolutoria de requerimiento previo o de pleno derecho (1428, 1429 y 1430 del Código Civil), evalúe la etapa de resolución del contrato por causa imputable a la empresa usuaria.

## 9. Conclusiones

- El contrato como amplia expresión de libertad, equidad y reciprocidad mantiene en forma recóndita una posibilidad de «riesgo de incumplimiento» que podría ser atribuible al deudor, al acreedor, al tercero; y por hechos ajenos a los contratantes (caso fortuito o fuerza mayor, como el COVID-19) (León Hilario, 2020, p. 30)<sup>16</sup> y la crisis financiera mundial. Sin embargo, si bien la resolución como remedio contractual permite a la parte perjudicada culminar el vínculo contractual por causa justificada, la contraparte mantiene como medio de defensa la figura de la excepción del incumplimiento, regulada en el artículo 1426 del Código Civil peruano, permitiendo recuperar o restablecer la ejecución normal del contrato.
- La reciprocidad contractual implica la colaboración en sentido amplio y bajo la observancia de la buena fe absoluta, que deberá ser ejercida por los contratantes (acreedor y deudor) con el fin de brindar la cooperación y lograr la ejecución idónea del contrato y, con ella, obtener el máximo beneficio económico según el marco contractual establecido.

La buena fe contractual representa un cimiento importante del contrato, y deberá ser interpretado con amplitud y especialidad según la etapa contractual y el tipo de contrato (tradicional o moderno). Los conceptos de lealtad, fidelidad, veracidad, diligencia, prudencia y confianza siempre están estrechamente establecidos y podrán ser interpretados en un primer momento por las partes contratantes, y ante una eventual controversia, conforme al daño contractual o a la cláusula litigiosa, esta competencia de interpretación será trasladada a los jueces o árbitros.

- Como instrumento de autodefensa contractual, la excepción de incumplimiento puede presentar dos caras: de una parte, se manifiesta como un instrumento particularmente eficaz para la tutela de los intereses de las así llamadas «partes débiles» de las relaciones contractuales, en cuanto veloz, poco costoso y capaz de salvaguardar, tanto la existencia del contrato, como, y sobre todo, su plena y puntal ejecución; pero de otra parte, y por las mismas razones, si es usada por la parte fuerte, es capaz de perjudicar de manera excesiva y desproporcionada el interés del consumidor (Benedetti, 2011).

---

16 «El problema es que muchos colegios han impuesto a los alumnos las clases virtuales. Esta medida es arbitraria, porque modifica unilateralmente el contrato y vulnera el derecho de los contratantes del servicio educativo que no están de acuerdo, por cualquier razón, con que sus hijos reciban educación a distancia, o que no disponen de los equipos necesarios para acceder a ella. Los padres de familia podrían oponer a sus contrapartes la excepción de incumplimiento o resolver el contrato» (cursivas nuestras).

- Bajo ciertos supuestos contractuales (expuestos en los casos prácticos), ante la falta de cooperación del acreedor en el pago de la contraprestación dineraria, y con el fin de que un deudor diligente proteja sus intereses, puede ejercer su derecho contractual bajo la aplicación de la excepción de incumplimiento establecida en el artículo 1462 del Código Civil peruano.
- En el negocio de la intermediación laboral existe un ejemplo notorio de las prestaciones recíprocas. Sin embargo, ante la presencia del COVID-19, y ante una alejada posibilidad de que alguna empresa o sector autorizado para operar en el mercado o comercializar justifique el impago de la contraprestación atribuible a la pandemia, la empresa de intermediación laboral mantiene vigente la posibilidad de suspender su prestación bajo la figura de la excepción de incumplimiento, requerir el pago de los adeudos y con la posibilidad de resolver el contrato por causa imputable a la empresa usuaria.
- Finalmente, destacamos la pauta fijada por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, al establecer los requisitos para plantear con sustento la excepción de incumplimiento: 1. Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente. 2. Incumplimiento por el acto de su prestación. 3. Falta de incumplimiento del excepcionante. 4. La buena fe.<sup>17</sup>

## Referencias

Ballesteros Garrido, José Antonio (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Boetsch Gillet, Cristián (2015). *La buena fe contractual*. Santiago: Ediciones UC.

Borda, Alejandro (2018). *Derecho civil y comercial: contratos*. Buenos Aires: La Ley.

Cárdenas Villareal, Hugo, & Revenco Urzúa, Ricardo (2018). *Remedios contractuales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Chang Hernández, Guillermo (2019). «No soy yo, eres tú»: la excepción de incumplimiento en el derecho peruano. En *Libro de ponencias del XIV.º Congreso Nacional de Derecho Civil – Tacna*. Tacna: Instituto Peruano de Derecho Civil. Universidad Privada de Tacna. Estudio Mario Castillo Freyre.

Espinoza Espinoza, Juan (2017). *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico.

Fernández Fernández, César (2004). La excepción de incumplimiento. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.

---

17 CAS. N° 4240-2014 Lima Norte. Procede suspender las cuotas de pago del precio si el vendedor no cumple con su obligación de saneamiento. «Excepción de incumplimiento. Para invocar la excepción de incumplimiento como medio de defensa de fondo se deben cumplir los siguientes requisitos: a) existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente; b) incumplimiento por el actor de su prestación; c) falta de incumplimiento del excepcionante; y d) buena fe. Art. 1426 del CC» (cursivas nuestras).

Hernández, Jairo (2018). *Las prerrogativas exorbitantes de la administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la ley de contrataciones del estado y su reglamento*. (Tesis para optar el título de abogado). Lima: Universidad de San Martín de Porres.

Malo Valenzuela, Miguel (2016). *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español inglés y Draft Common Frame of Reference*. Navarra: Editorial Arazandi.

Medina Pérez, José (1950). La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Memoria de prueba para optar el grado de licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Mosco, Luigi (1983). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Barcelona: Ediciones Nereo.

Moreno Rodríguez, José (2017). *Curso de contratos*. Asunción: Intercontinental Editora.

Ossorio Morales, Juan (1956). *Lecciones de derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte General)*. 4.ª edición. Granada: Editorial Prieto.

Rubino, Domanda giudiziale di risoluzione e possibilità di successivo adempimento in Giw. compl. della Cassazione, 1946, II, 2, p. 102. Citado en Mosco, Luigi (1983). *La resolución de los contratos por incumplimiento*, capítulo III. Barcelona: Ediciones Nereo.

Schreiber, Anderson, Tartuce, Flavio et al. (2019). *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Editor Forense.

Troncoso, Hernán, & Álvarez, Carlos (2014). *Contratos*. Santiago: Thomson Reuters. La Ley.

Moreno Rodríguez, José (2017). *Curso de contratos*. Asunción: Intercontinental Editora.

Vidal Olivares, Álvaro (2018). La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de la vinculación contractual «garantía». En *Estudios de derecho de contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Vidal, Roger, & Romani, Hany (2018). Implicancias del contrato de suministro en el Código Civil. *Actualidad Civil*, N.º 51, septiembre. Ed. Instituto Pacífico.

# Contratos



# **Contratos de servicio educativo y pandemia**

*Max Salazar Gallegos*  
Pontificia Universidad Católica del Perú





## **La educación como derecho fundamental y bien público esencial, frente a un espectro normativo complejo, omisivo, cambiante y pluritemático**

Referirse a la educación implica repasar conceptos e ideas que son transversales a distintas ramas del derecho, entre lo público y lo privado, y que es necesario tener presente para emitir juicios de valor y concluir al respecto. El derecho constitucional, regulatorio, corporativo, económico, de consumidores, administrativo, civil contractual y de responsabilidad,<sup>1</sup> entre otros, forman parte o inciden en este complejo estructural que se vislumbra primero y, ante todo, como un derecho fundamental y un bien público que atañe a todos en atención y preocupación,<sup>2</sup> y que es necesario estudiar para evitar determinaciones estocásticas.

En el Perú, el entramado normativo educativo ha sufrido importantes intervenciones (lo mismo que graves omisiones) que han cambiado el panorama de manera muy dinámica y a la vez drástica en los últimos 27 años, lo que ha determinado su demonización por parte de algunos, y el aplauso por parte de otros, además de la multiplicación de instituciones de variadas configuraciones.

Tómese en cuenta como ejemplos de la situación a la que nos referimos, a los siguientes:

- 1) Desde el año 1980 y hasta el año 1993 (un período económico particularmente difícil), si bien los particulares podían prestar el servicio de educación, por

---

1 Estoy consciente del debate al respecto de la asignación de la categoría de rama del derecho a ciertas bifurcaciones jurídicas que, en efecto, no aparentan serlo de manera necesaria o concreta conforme al método científico. Por todos, Dworkin (1986).

2 Tribunal Constitucional, Expediente N° 4232-2004-AA/TC. «F. 11. De lo expuesto se puede afirmar, *prima facie*, que la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público [...] De otro lado, la educación se configura también como un *servicio público*, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana».

mandato constitucional expreso la educación privada no podía tener fines de lucro.<sup>3</sup> Antes de ello no existía una mención a tal nivel.<sup>4</sup>

- 2) La normativa educativa, de manera consistente y omisiva, obvió pronunciarse sobre la categoría jurídica que debía asignarse a las escuelas, es decir, la naturaleza jurídica de los establecimientos educativos (salvo para las universidades, que eran las menos), y no se les reconoció esencia corporativa sino hasta el año 2003, lo que hacía particularmente difícil establecer relaciones jurídicas contractuales, entre ellas, financiamientos.

Conjugadas ambas situaciones descritas en 1) y 2), los privados, actores elementales en el segmento educativo,<sup>5</sup> para actuar en él, lo hacían de manera individual como personas naturales, o en forma colectiva, como asociaciones, al amparo del Código Civil, cobijando bajo su seno a una institución educativa (a la que, reiteramos, no se le imputaba categoría específica; de ahí la necesaria intromisión de interpósita persona). En tales circunstancias, los primeros eran reconocidos como promotores (en esencia un fundador, pero con un nexo particular con la institución), y así se les atribuía el control de las instituciones, sobre la que ostentaba derechos transferibles. Esto, como es obvio, generó una dualidad de entes a los cuales referirse (promotor e institución educativa) para cimentar relaciones jurídicas contractuales, lo que a su vez elevó los costos de transacción implícitos en cualquier operación con los mismos. Lo sorprendente es que hasta el día hoy ello no ha cambiado sino muy poco.<sup>6</sup>

- 3) Apenas el año 2003, luego de las denuncias sobre el particular,<sup>7</sup> se protegen los intereses públicos y particulares, reconociendo por ley a colegios e institutos como corporaciones independientes, reconociéndoles subjetividad jurídica, y otorgándoles la categoría de personas jurídicas mediante el sistema de concesión simple;<sup>8</sup> ello sin perjuicio de que, hasta hoy, inexplicablemente, se emitan resoluciones administrativas de distintas entidades públicas, que niegan esa

---

3 Conforme el artículo 30 de la Constitución Política peruana de 1979.

4 Sobre la discusión normativa de los fines lucrativos o no, ya no desde el punto de vista técnico jurídico corporativo, sino por consideraciones al régimen que ha de aplicarse al servicio *per se*, bastante se ha escrito, y nosotros hemos compartido el debate. Conviene revisar Derek & Dahlman (2004); Wolff & De Moura Castro (s. f.); Carnoy & De Moura (1997); revista Educación Superior y Sociedad (1997 y 1998); varios autores (1995); Revista Iberoamericana de Educación (1997); House (1998); Slaughter & Leslie (1999); Ruch (2001); Sperling & Tucker (2002); Meister (1998); Readings (1996); Mönckeberg (2013); Brunner & Peña editores (2011); APICE (1999); varios autores (2003); Aguilar (1999); Carlsson (2003); y, en aporte propio, Salazar Gallegos (2003).

5 En el Perú, el servicio de educación privada es largamente mejor que el público.

6 Una explicación concreta y más que evidente en Salazar Gallegos (2002).

7 *Idem*.

8 Ley General de Educación – LGE. «Artículo 72.- Las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del Sector Educación. El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada». Esta constituye una atribución directa de orden público que no requiere ninguna actuación por parte del administrado.

categoría jurídica a tales instituciones, con las consecuencias inoficiosas (y costosas) respectivas.<sup>9</sup>

A ello ha de sumarse que la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana, inexplicablemente, no reconoce capacidad (jurídica) a entes no personificados (los colegios, ni los institutos superiores, como hemos señalado, antes del año 2003 no eran reconocidos como entes personificados, y aun ante el mandato legal actual —que sí los reconoce como tales—, plenamente vigente, siguen padeciendo de tal discriminación, por desconocimiento general<sup>10</sup>) obviando el desarrollo y superación de estas concepciones en el campo normativo, jurisprudencial y doctrinario peruano al respecto.

- 4) Si bien el año 1996 se promulgó una ley para que las instituciones educativas a partir de entonces obligatoriamente se constituyan bajo uno de los regímenes comunes corporativos permitidos por la legislación común, y así obtener personalidad jurídica mediante el sistema normativo,<sup>11</sup> la norma fue consistentemente ignorada por el propio Ministerio de Educación, órgano encargado de tramitar las solicitudes de formalización y licenciamiento para dichas instituciones educativas (con excepción de las universidades), y la omite hasta hoy, lo que nos retrotrae a la problemática transaccional ya citada en líneas previas.
- 5) El año 2001 se publicó una ley que permitió establecer filiales de universidades (cuestión antes prohibida, ya que la ley circunscribe las licencias a un solo departamento<sup>12</sup>), la que se derogó abruptamente el año 2005,<sup>13</sup> pero que de

9 Es lamentable encontrarse con resoluciones que señalan, por ejemplo: «F. 11. Sobre el particular, cabe precisar que si bien la Ley General de Educación define a las instituciones educativas como personas jurídicas de derecho privado, ello no implica *per se* su reconocimiento jurídico como tal, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 77° del Código Civil 4, la personería jurídica se adquiere únicamente con la inscripción efectuada ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP en el respectivo Registro de Personas Jurídicas y se mantiene hasta que se inscribe su extinción» (Resolución N° 4028-2014/SPC-INDECOPI); lo que constituye un evidente despropósito jurídico. En el mismo sentido, y por todas, la Resolución N° 2854-2013/SPC-INDECOPI.

10 *Ut supra* 8.

11 D. Leg. 882.

12 La actual organización política de la república comprende veinticuatro departamentos. Lima es uno de ellos.

13 Esta última decisión fue apurada por razones de imposibilidad de fiscalización, que hoy, mirado en retrospectiva, se acercan más a un análisis distinto. Cuando la autoridad llamada a regular una actividad se manifiesta débil o incompetente para hacerlo, esta tiene hasta tres acciones: a) Dejar hacer, dejar pasar; b) Identificar sus debilidades y fortalezas, y conforme a ello reorganizarse, de tal forma que sirva a su función de manera efectiva; y, c) Declararse incapaz. En este último caso, la incapacidad se traduce en prohibición. Para ello se tilda entonces a dicha actividad de «dañina», y esta es justamente la perfecta excusa para prohibir. Así, prohibir resulta más cómodo, pues no deja espacio para regular, ya que no hay medida, esta no existe, la actividad se resuelve y debe desaparecer, haciendo del control una tarea relativamente más sencilla, limitada a perseguir y penalizar. No obstante, tal circunstancia no está exenta de repercusiones. El daño siempre tiene una naturaleza recíproca. Prohibir o inhibir una actividad «dañina» siempre involucra una pérdida económica para el causante, quien también es parte de la sociedad, así como para otros agentes económicos que se beneficiaban directa o indirectamente con esta actividad, principalmente, los consumidores y

- manera absurda dejó el mercado compuesto por instituciones competidoras cada una con distintos radios de acción geográfico y distintas filiales, generando inequidad de trato y grandes distorsiones en la competencia.<sup>14</sup>
- 6) El despropósito normativo citado en el numeral precedente generó un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) el año 2010 que declaró el *Estado de cosas Inconstitucional en el sector educativo universitario*, donde se indicó que había una implícita renuncia por parte del Estado a su deber constitucional de supervisar activamente la calidad de la educación, y en consecuencia prohibió el funcionamiento de la entidad administradora de las licencias universitarias,<sup>15</sup> es decir, desautorizó al regulador. Esto, dada la clara rendición del mandato constitucional que ordena al Estado supervisar la calidad en la educación.
  - 7) En consonancia con lo anterior, el TC, seis años más tarde (2016), y ante la pasividad burocrática en la prestación y evaluación del servicio de educación, *volvió a declarar un Estado de Cosas Inconstitucional, esta vez en el sector de educación básica regular*,<sup>16</sup> donde señaló, entre otros, que existía una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectaba a un número significativo de personas, con una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos (constitucionalmente amparados), verificando la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración los mismos. El Estado peruano, es incuestionable, de manera consistente incumple sus obligaciones constitucionales en el marco del respeto al derecho fundamental a la educación. Veremos más adelante cómo esto incide de manera directa en la problemática ante una pandemia.
  - 8) A pesar de la labor fundamental que cumplen los colegios en satisfacer la demanda privada de servicios educativos,<sup>17</sup> ya sea que lo hagan mediante una forma corporativa mercantil o asociativa no lucrativa, ambas, estas últimas, donde existe autonomía patrimonial perfecta (los socios y gestores gozan de responsabilidad limitada), la actual ley de colegios y su reglamento son entendidas por autoridades administrativas como una que destruye esta disposición (y solo para dicho nivel formativo), y atribuye responsabilidad civil directa autónoma e ilimitada a los propietarios o controladores de los mismos por las actividades de la institución educativa, y no a esta última, sin explicación coherente alguna;<sup>18</sup>

---

los proveedores. Conviene revisar Fernández Baca (s. f.).

14 Un análisis sobre el particular en Salazar Gallegos (2013).

15 Expediente N° 0017-2008-PI/TC.

16 Expediente N° 00853-2015-PA/TC.

17 Son muy escasos los colegios públicos que ofrecen educación de «calidad» o que sean percibidos de esa forma por la población, y quienes pueden hacerlo optan por pagar una escuela privada, ya que las públicas son gratuitas.

18 L. 26549. «Artículo 3º: [...] Las responsabilidades de ley por la actividad de los centros y programas educativos las asume la persona natural o jurídica propietaria o titular de los mismos». Igual su reglamento, el Decreto Supremo N° 009- 2006-ED. Lo curioso, y a la vez alarmante, es que la figura del promotor no solo es innecesaria, costosa y anacrónica, sino que estos no son responsables civilmente por lo que ocurre en los colegios (ello no se dice en ninguna parte de la normativa), sino que se trata

- además que, de manera negativa, no incentiva su organización o incentiva el uso de figuras como la simulación, según se vea.
- 9) La actual Ley Universitaria, promulgada en el año 2014, sigue arrastrando en su texto la institución del promotor educativo, como si mantuviera su vigencia la Constitución de 1979, y no reconoce la existencia de las leyes que se promulgaron de manera subsecuente y que eliminan esa costosa y absurda figura.<sup>19</sup> Si ello no fuera poco, hace lamentables e inconsistentes referencias a entes corporativos confundiendo los con derechos *per se*, como si los entes organizados fueran al mismo tiempo los derechos de los que emanan.<sup>20</sup> Desde un punto de vista organizacional, su predecesora, de 1983, era más eficiente.
  - 10) La misma Ley Universitaria antes citada, en el *summum* del absurdo, obliga a constituir una sociedad (para concentrar a los fundadores), para que esta a su vez asuma la titularidad de otra sociedad (la institución educativa), como requisito para autorizar una de estas corporaciones, lo que, además de ser ineficiente y trasuntar un desconocimiento absoluto de la regulación de estos entes, así como también de derecho corporativo, violenta derechos fundamentales y genera costos adicionales sin justificación alguna.<sup>21</sup>
  - 11) No menos importante es señalar que, de manera reciente (2019), las autoridades han emitido resoluciones que han confirmado de manera expresa que la licencia o autorización de funcionamiento constituye título habilitante *sine qua non* en materia de servicios educativos<sup>22</sup> (que se deduce fácilmente de la Ley General de Educación – LGE por las condiciones impuestas y por la *publicatio* de la actividad como servicio público, nada más evidente), ya que, como hemos podido observar, la poca atención que estos temas han merecido propicia a su vez las más despistadas tesis al respecto, generando un espectro de competencia desleal, y erróneo.
  - 12) Finalmente, y también relevante, en el Perú las instituciones educativas, desde hace más de 18 años, una vez iniciado el ciclo, semestre y/o año académico, luego de producida la matrícula, están prohibidas de cobrar por el servicio educativo sino hasta la finalización del ciclo, semestre y/o año académico respec-

---

de una interpretación administrativa lamentable y absolutamente equivocada basada en una ignorancia supina, que pretende reconocer en parte del texto de una ley previa de 1996, una supuesta conexión que no es tal, sino la atingencia al control, que en nada se conecta con las formas de autonomía patrimonial que reconoce la doctrina, y la ley también.

19 Para una mayor comprensión del tema, conviene revisar Salazar Gallegos (2002, p. 5).

20 Ley Universitaria. «Artículo 115. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a la libre iniciativa privada para constituir una persona jurídica, con la finalidad de realizar actividades en la educación universitaria, ejerciendo su derecho de fundar, promover, conducir y gestionar la constitución de universidades privadas. En caso de que la promotora tenga fines lucrativos se constituye bajo la forma societaria y en caso no tenga fines de lucro, bajo la forma asociativa».

21 115.1: «La persona jurídica promotora de la institución universitaria se constituye con la finalidad exclusiva de promover solo una institución universitaria».

22 Resolución N° 0098-2019/SPC-INDECOPI. Si bien la Sala del Tribunal de Protección al Consumidor de INDECOPI realizó un aporte enorme sobre la materia, es de apuntar la resolución de primera instancia en el mismo expediente, para el olvido, y la lamentable inacción de la autoridad supervisora en educación sobre el particular.

tivo; y los intereses consecuentes (moratorios) se encuentran regulados dentro de las tasas más bajas concebibles. Los contratos educativos se hacen por ciclo, semestre, y/o año, lo que equivale en muchos casos a no pagar.

Estas no son sino algunas de las «particularidades» del sector educativo, que tienen incidencia en una coyuntura de pandemia; y si algo más podemos agregar sobre ello, es que la ley no establece de manera expresa qué es lo que debe entenderse por el servicio, ni que este se haga a través de un contrato, aunque esto ha sido modificado recientemente y con motivo de la pandemia del COVID-19, lo que verificaremos líneas adelante.

Es en este escenario que se produce la pandemia del COVID-19, que ha implicado la promulgación de profusa normativa de carácter general y sectorial educativa, mucha de la cual repasaremos aquí, ya que clarifica la forma autorizada de prestación de estos servicios y los dimensiona. Si bien veremos de manera transversal criterios aplicables a todo el sector económico educativo, me centraré posteriormente en el pago de las pensiones escolares, donde el nivel de protección legal se ha potenciado, por razones evidentes, aunque el análisis en su mayoría es aplicable a los demás subsegmentos del mismo sector.

En el Perú, por Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, se declaró emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario por la existencia del COVID-19, la cual venció el 9 de junio de 2020, pero fue prorrogada por Decreto Supremo N° 020-2020-SA a partir del 10 de junio de 2020 y hasta por un plazo de noventa (90) días calendario adicionales, que van hasta los primeros días de septiembre del año 2020. En concordancia con ello, se declaró adicionalmente una cuarentena general que afectó gran parte de la comercialización de bienes y servicios a nivel nacional, y que se inició el día 16 de marzo y se extendería en principio hasta el día 30 de junio de 2020. Solo se ha permitido la realización de actividades mal denominadas «esenciales», entre las cuales no se encuentra la educación.

En estas circunstancias, ante la prohibición de la prestación del servicio de manera presencial, muchas instituciones modificaron la modalidad y optaron por la educación a distancia,<sup>23</sup> que, es importante mencionar, se encuentra explícita en el texto de la LGE, y la válida para lograr los resultados académicos deseados. Del mismo modo, por las mismas causas, muchas personas naturales y jurídicas perdieron su trabajo o vieron disminuidos sus ingresos en distinta medida. Esta situación se ha reflejado en moras en el pago de cuotas por los servicios de educación, y la exigencia de reducción del monto de las cuotas por el servicio.

## 1. El concepto de educación

Resulta indispensable verificar qué entiende la legislación nacional por educación, y qué menciones hace respecto a estos servicios, aunque no es menor recalcar en

---

23 Una modalidad expresamente reconocida como tal por la LGE.

la normativa de consumidores, a la que más adelante nos referimos, que también hace remisión a «productos» educativos,<sup>24</sup> pero que no define el servicio en términos técnicos (no puede hacerlo), sino que acertadamente se basa en la normativa sectorial.

Sobre el particular, la Ley N° 28044, Ley General de Educación (LGE), señala:

Artículo 2.- Concepto de la educación: La educación es un proceso de aprendizaje y enseñanza que *se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas, al pleno desarrollo de sus potencialidades, a la creación de cultura, y al desarrollo de la familia y de la comunidad nacional, latinoamericana y mundial. Se desarrolla en instituciones educativas y en diferentes ámbitos de la sociedad.* (Cursivas nuestras)

El texto destacado en cursivas grafica la importancia que tiene la educación en la vida de las personas, tanto de manera individual como para la sociedad en su conjunto, y es pues este el ámbito especialísimo al que habremos de referirnos en primer lugar, esto es, la proyección que tiene sobre la vida de las personas y su desenvolvimiento.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

La educación también se configura como un servicio público, en la medida de que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana. (Expediente N° 04232-2004-PA/TC, fundamento 11)<sup>25</sup>

## 2. El derecho a la educación

Ha de recordarse que la Constitución Política del Perú de 1993 (CPP 93) se explyaya en no menos de 7 artículos sobre la educación, esto es, en los artículos 13 al 19.

Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional ha dicho:

En cuanto a los bienes constitucionales directamente vinculados con el derecho a la educación, la Constitución ha previsto los siguientes: acceso a una educación adecuada (artículo 16), libertad de enseñanza (artículo 13), libre elección del centro docente (artículo 13), respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato

24 Artículo 74° del Código de Defensa y Protección del Consumidor.

25 Expediente N.º 00853-2015-PA/TC. F.8.



psicológico y físico (artículo 15), libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).<sup>26</sup>

El artículo 13 del texto constitucional señala: «La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo».

Es justo recordar, sobre este importante tema, que nos encontramos con muchas normas constitucionales que no necesariamente se aplican de manera imperativa, sino que establecen principios que serán concretados en la medida de las posibilidades y coyuntura de cada administración. Nos referimos a las normas de carácter programático, cuya interpretación debe ser aunada a las demás reglas de derecho dispuestas, de tal forma que formen un todo lógico inescindible.

El texto reconoce una verdad primigenia y diáfana, y es que la educación constituye la base fundamental para el desarrollo de la persona natural<sup>27</sup> y, por ende, de la sociedad en su conjunto. Educación y desarrollo deben ser comprendidos aunados. La educación se constituye como un pilar para que la persona comprenda y se integre y desarrolle conforme al entorno en el que se desenvuelve (de ahí que sin educación, o con una mala calidad educativa, una colectividad se dirija hacia su desintegración). Sin educación es imposible reconocer, elegir y entender, o por lo menos avizorar de manera razonable los efectos de las decisiones que tomamos y los actos y hechos que nos circunscriben.

El desarrollo ha de ser integral, comprendiendo las diversas dimensiones del ser humano, física y emocional, todas las áreas y aspectos que la integran.

La información hoy en día nos llega en grandes cantidades, por diferentes medios y prácticamente de todas partes del mundo, y respecto de todos los aspectos de la vida humana. Esta necesita ser identificada, entendida y clasificada, de tal forma que podamos apreciar aquello que nos pueda resultar de utilidad.

La educación adopta diferentes formas y dimensiones, como modalidades, y debe entenderse que la Constitución reconoce el acceso a todas ellas. Por supuesto que se tratará siempre de un proceso de aprendizaje escalonado, pues para aprender también se necesitan métodos. Adquirir educación no es simple: requiere explicación, sustento y dosificación, de tal forma que se pueda avanzar poco a poco en el cumplimiento de los fines establecidos. Así, la persona irá adquiriendo de manera sostenida una serie de elementos que le permitan diferenciar las opciones que se le presentan y, finalmente, decidir apropiadamente cuál parte de la información que tiene a su alcance desea consumir o utilizar. Existe, desde luego, aquel sector directriz que se inclina por imponer ciertos criterios y determinada accesibilidad; tal tema responde a su vez a una decisión política.

Una metodología mal aplicada o un sesgo irracional al sistema educativo podrán de hecho limitar la garantía constitucional, y por derecho se constituirá en una

---

<sup>26</sup> *Idem*, F. 5.

<sup>27</sup> Persona humana, como señala el texto legal, es una denominación equívoca que reúne dos realidades, el ser humano, y la ley.



barrera importante para el sostenimiento de un sistema estructurado que pretenda avanzar en sus metas.

El derecho a la educación es inherente y consustancial a la persona, y forma parte del grupo de los derechos sociales, como suelen denominarse, y cuya función radica en amenguar las desigualdades entre los ciudadanos. El hecho de que el texto constitucional no mencione expresamente esto, en contraposición a su antecesora (CPP 79), no debe significar ningún tipo de recorte al mismo. Se trata de un supuesto que en este caso resultaría de carácter declarativo y no constitutivo, y en todo caso debemos interpretar que la frase que sigue en el artículo lo engloba de manera directa.

Debemos recalcar en un error técnico-legislativo incurrido al momento de redactar el artículo. Persona es un término que, en el contexto utilizado, adquiere su significación con base en el orden jurídico imperante. En este sentido, persona es un recurso técnico-legal que nos refiere a una categoría jurídica que no es otra que la condición humana, sea considerada de manera individual (persona natural) o formalmente organizada (persona jurídica). Referirse a la persona humana es alejarse del contexto doctrinario y normativo de manera innecesaria; la referencia justa debió haber sido la de persona natural.

Finalmente, y no menos importante, esgrimir la finalidad de la educación es coordinar en una misma dirección la actividad de las distintas instituciones que se avocan a la tarea específica de educar: una política nacional definida.

La libertad de enseñanza debe ser entendida como el derecho del cual goza la sociedad, y por ende las instituciones que la conforman, privadas o públicas, para organizarse con el objeto indicado y decidir aquello que dentro de los límites legales resulte apropiado difundir y trasladar al educando para el cumplimiento de tal fin. Considérense a estos efectos todos los niveles y modalidades conocidos o por conocerse (que sean autorizados a su vez). Así mismo, se comprende el derecho fundamental de acceder, elegir y recibir enseñanza.

No se trata de un derecho irrestricto, pues, como indicamos, deben existir líneas directrices emanadas del Estado para que este último reconozca en su total dimensión el goce de este derecho.

La política educativa, mediante un plan de desarrollo, debe ser respetada. En algunos casos se establecerán, como hemos anotado, ciertas líneas directrices de carácter obligatorio, y otros supuestos serán trasladados con carácter de sugerencia por la administración pública. Aquí el Estado cumple un rol fundamental, y es que, de una parte, asume la gran responsabilidad de moldear y hacer cumplir cabalmente la política asignada a determinada coyuntura, y, por otra parte, tiene la obligación de respetar y hacer valer los derechos de la ciudadanía en la aplicación del principio.

Este derecho es inmanente a la persona, y por tanto el precepto constitucional cumple un rol subsidiario, pues se limita en este aspecto a declarar un derecho adquirido *ex ante*. Recibir y otorgar enseñanza en su total dimensión son amparados.

En correlación con el derecho que tenemos de acceder al conocimiento, parece existir el deber de trasladar todo o parte de ese bagaje a los descendientes. La familia es la unidad básica y fundamental de la sociedad, y es allí donde se inicia el proceso

educativo. Los padres entonces primero deben recibir para luego dar. Son y forman parte del proceso.

El Estado debe encontrarse en posición de exigir la aplicación del precepto y, por ende, de supervisar que se haga realidad. Esto no quiere decir que la administración pública se entrometa en cada uno de los hogares y los fiscalice, ni, mucho menos, que fije o intente dirigir lo que cada padre de familia considera justo y necesario para la educación de sus hijos en primera instancia. Sin embargo, el derecho se encuentra limitado por las leyes, las costumbres, la moral y las prácticas imperantes en el momento y lugar social. Los padres son los llamados a velar por que el derecho de sus hijos a la educación se cumpla a cabalidad. Se fomenta la paternidad responsable.

Se pueden imponer sanciones para aquellos padres que no cumplan objetivamente con dicho deber, ya sea por acción u omisión (de hecho, esto lo deben evaluar los jueces en los casos que compete al derecho de familia).

Lo mismo ocurre con las instituciones. En este sentido, la política del Estado es integral. No se puede tampoco imponer deberes que no se puedan cumplir. El precepto debe ser considerado ampliamente y traducido dentro del contexto social, económico y político imperante. Carece de sentido entonces demandar su cumplimiento si no se ha procedido a crear las condiciones necesarias para su atención.

En este caso el deber impuesto a la persona natural es secundario en cuanto a su goce y exigencia coercitiva, en relación con la garantía autoimpuesta por el Estado. Existe una relación proporcional entre el deber estatal y el deber particular.

El derecho de la persona a escoger el centro de educación donde ha de recibir enseñanza es también una garantía implícita a la libertad de enseñanza y el deber de educar. En este caso, ello debe concordarse con la pluralidad de oferta garantizada en el artículo 17 del mismo cuerpo constitucional.

El Estado debe garantizar la pluralidad de ofertas y su acceso por parte de las personas. No se puede elegir donde no existe concurso en la oferta, en todos sus niveles, y es el Estado quien actúa como garante de las condiciones necesarias para que ella exista. Sin embargo, como ya hemos comprobado en anteriores líneas, esta es hoy una falla fundamental.

Tampoco se puede elegir en la medida en que las condiciones socioeconómicas y culturales de la persona natural no sean las apropiadas para decidir; de ahí que el precepto esté aunado a otros. La demanda debe ser satisfecha a plenitud. La oferta debe ser adecuada y respetar las condiciones mínimas de organización, sustentable y de calidad necesarias a imponerse. Esto, lamentablemente, tampoco se cumple.

El Estado no puede ni debe crear un sistema cerrado de educación que impida o limite la libre competencia; por el contrario, ha de fomentarla, siempre que concurren las garantías de su fiscalización (cuestión que hemos visto, líneas atrás, gravemente mellada). La apertura y la competencia deben fomentar la pluralidad de la calidad de la oferta y sus diferencias, siempre dentro de los estándares mínimos concebidos para ello (ningún centro educativo puede abstraerse del contexto legal institucional que verifique las condiciones básicas de calidad).

La libertad de elección no significa que se pueda acceder irrestrictamente a los centros de educación. El precepto justamente respeta esa libertad dentro de las posibilidades y condicionamientos de cada persona, de acuerdo a ley. Debe recordarse que el ser humano es ontológicamente libre. En este sentido, no puede tratarse igual a los desiguales. No obstante, la idea de libertad para elegir debería tender en el tiempo a favorecer la igualdad en las oportunidades de acceso.

El Estado no puede imponerse tampoco metas que rebasen su capacidad de cumplimiento. La forma en que se pretenda hacer realidad estas garantías no puede ni debe significar un esfuerzo más allá de los límites individuales o colectivos. En esto también se vislumbra una falta lamentable de compromiso y observancia por parte del Estado.

Es deber del Estado buscar y encontrar la manera más adecuada de cumplir dentro de dichos límites. La administración, oferta, implementación, supervisión, fiscalización, entre otros, pueden ser materia de tercerización parcial o total, en forma asociada, concesionada, transferida o delegada (siempre que sea fiscalizada). El análisis y regulación previos a la adopción de políticas estatales en este sentido es necesario. Es en este sentido que las instituciones privadas han cumplido un rol esencial, donde los padres de familia que pueden, salvo mínimas excepciones, eligen lo privado sobre lo público, basados en la calidad.

La participación de los padres en el proceso educativo se da tanto en el hogar como en la institución a la cual se delegue tal función y su complementación, con las limitaciones establecidas en la ley.

Nótese que se trata de un derecho que no discrimina ninguna etapa educativa. Es menester considerarlo conforme a sus límites propios. Cada centro de enseñanza debe respetar las leyes, pero tiene autonomía, y goza también del derecho a la libertad. Los padres de familia no pueden interferir o imponer criterios, sino participar. La participación implica en primer lugar colaboración, luego opinión y después dirección. Los padres de familia eligen conforme a su criterio, y es propio asegurar que esa elección también sea libre; por lo tanto, se presume conformidad con la política de enseñanza de la institución, siempre y cuando se haya proporcionado de manera previa la información necesaria para elegir. Nuevamente, el Estado debe garantizar que el ciudadano pueda elegir a comodidad. El precepto carecería de legitimidad donde el Estado no cumpla su rol integrador y promotor.

La elección libre implica a su vez educación e información suficiente de quien debe elegir.

Las razones y condiciones por las cuales una persona puede no encontrarse de acuerdo con la institución y el proceso de educación al cual ha accedido pueden ser variadas, como lo son sus posibilidades de acción. Existe la posibilidad de que se estén violando o extralimitando lineamientos de carácter obligatorio en lo que a política de educación se refiere. Cabe la posibilidad, también, de que el servicio no se adecúe a lo ofrecido. En ambos casos debe facultarse la posibilidad y establecer las condiciones para interponer los planteamientos correspondientes ante los organismos respectivos, civiles, administrativos y judiciales, respetando el principio de la vía previa y de pluralidad de instancias.

Si a la persona no le satisface, puede optar por cambiar de institución educativa.

Este último derecho también hace relación con la facultad que tiene un padre de familia o apoderado para escoger entre lo público y privado como servicio, y la pluralidad de posibilidades que deben ser puestas a su disposición.

Estos derechos se encuentran reconocidos internacionalmente en distintos acuerdos, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (artículo 13; CESCR Observación General 13 párrafos 28-30); Convención sobre los Derechos del Niño, 1989 (artículo 29); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1998 (artículo 13); Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 1990 (artículo 11); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 (artículo 14); Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1948, Protocolo Adicional 1, 1952 (artículo 2); Carta Social Europea (revisada), 1996 (artículo 17); Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, 1995 (artículo 13); ILO Convention 169: Indigenous & Tribal Peoples Convention, 1989 (artículo 27).

Reproducimos los que corresponden al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966:

#### Artículo 13

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

### 3. Educación y servicio público

La educación, como lo ha señalado el TC en jurisprudencia consolidada, constituye un servicio público esencial.<sup>28</sup> En el caso de la educación básica, esto se ha dispuesto por ley.<sup>29</sup> Esta se encuentra garantizada por el Estado, y la presta de manera directa o la concesiona para que se ofrezca a través de una institución privada a efectos de cumplir con sus fines. En la etapa escolar la educación es obligatoria, y los padres tienen el deber de educar a sus hijos.

---

28 Por todas, Expediente N° 0008-2008-PI/TC.

29 L. 28988.

Los colegios privados, al igual que todas las demás instituciones educativas (en adelante, indistintamente, IE) se encuentran habilitados por el Estado para brindar el servicio educativo (previa autorización), y coadyuvan a garantizar la pluralidad de la oferta educativa. Estas instituciones cumplen un fin público, y el servicio de educación se brinda de manera indefectible conforme las disposiciones emanadas y autorizaciones emitidas por la autoridad regulatoria respectiva (Ministerio de Educación – MINEDU).

La educación entendida como servicio público<sup>30</sup> tiene sustento normativo conforme la Ley N° 28044, Ley General de Educación peruana, promulgada el mes de julio del año 2003, donde leemos:

Artículo 4°.- Gratuidad de la educación.

La educación es un servicio público; cuando la provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la educación inicial y primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos.

De esta manera nos alejamos de cualquier discusión al respecto de la forma cómo debe ser instituida y formalizada legalmente esta actividad como tal (servicio público), sea que creamos en la necesidad de la previa *publicatio* o no, pues la «reserva» normativa está efectuada.<sup>31</sup>

El Tribunal Constitucional (TC) peruano ha señalado al respecto:

[...] De lo expuesto se puede afirmar, *prima facie*, que la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público [...] la educación se configura también como un *servicio público*, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actua-

---

30 Es la opinión relevante más difundida su calidad de servicio público. Conviene revisar PNUD (1998).

31 La *publicatio*, también conocida como «publicación», implica la titularidad pública de una actividad que es considerada «esencial», aunque hay quienes también se refieren a ella como «reserva». Esta se enfrenta a consideraciones no menores como el derecho a la libertad (como garantía) para desarrollar actividades económicas. De un lado entonces se halla la regla general, libertad para actuar, y de otro extremo la restricción (normativa), que tendría que ser especialmente fundamentada. Entonces, ello implica que ciertas actividades económicas se encuentran fuera de la actuación y potestades civiles-comerciales garantizadas para ejercicio libre, sino que requieren de una «autorización» pública para su desarrollo, al estar reguladas de esa manera. Extraña que en las sentencias reseñadas del TC (ver cita 8) no se haga ninguna alusión a estas importantes consideraciones. Conviene revisar, al respecto, Ochoa Cardich (2013) y Vergara (2004).

ción de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana.<sup>32</sup> (SIC)

Observamos pues que a la educación se le reconoce la dualidad de constituirse como un derecho fundamental y como servicio público.

Del mismo modo, el TC ha dicho:

Del reconocimiento constitucional de la educación, ya sea en su condición de derecho fundamental o como servicio público, se infieren obligaciones estatales de protección especial. Éstas pueden ser de regulación, fiscalización, promoción o resguardo del servicio que se brinda, y forman parte de un conjunto de obligaciones (Cf. 00034-2004-PI/TC, fundamento 37) que el Estado está llamado a ejecutar, porque la educación es el basamento de la formación del proyecto de vida de las personas y de la conformación de una sociedad democrática, solidaria y justa, que impulse el desarrollo sostenible del país, como enuncia el artículo 9º de la Ley N° 28044.<sup>33</sup>

De ahí que la declaración de esta actividad como «servicio público» asume su reserva por parte del Estado, aun cuando pueda concesionarse a un privado. Ello implica, en teoría, un mejor y mayor interés del primero por su regulación, que a su vez diseña cómo ha de verificarse, lo que constriñe el marco de su concesión y la actuación del concesionario, y, por supuesto, su protección. Del mismo modo, se garantiza su prestación permanente y continua.

Este no es, evidentemente, un servicio que se preste a través de redes, ni implica facilidades esenciales, como tampoco se trata de una actividad monopólica u oligopólica, menos aún sujeta a un precio regulado, aunque sí con barreras de entrada.

De ahí que este se acerca particularmente más a las nuevas ideas de servicio público, bajo determinadas reglas de economía de mercado, competencia, libertad de empresa, entre otras. Esto último es fácilmente verificado por los preceptos constitucionales que señalan que toda persona tiene derecho a conducir instituciones educativas, y que el Estado garantiza la pluralidad de oferta en tipos de IE, facilidades ofrecidas, precios consecuentes, y la libre elección por parte de los padres.

En la misma línea de importancia, no es menor mencionar que la ley ha declarado el profesorado público como servicio público esencial; así, en la L. N° 29062 (publicada el 12 de julio de 2007), que modificó la Ley del Profesorado, se indica que:

Artículo 3º.- El profesor. El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público esencial dirigido a concretar el derecho de los estudiantes y de la comunidad a una enseñanza de calidad, equidad y pertinencia. Requiere de desarrollo integral y de una formación continua e intercultural.

---

32 Fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4232-2004-AA/TC, *op. cit.*

33 Expediente N° 0011-2013-PI/TC. F.74.

#### 4. Estado de cosas inconstitucional en la educación peruana

En el Perú, el Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza, es decir, este no solo debe crear y garantizar las condiciones necesarias para ello, sino que promete mantenerlas. Lo mismo, declara que los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación (donde nuevamente se ha de entender la pluralidad de oferta) y de participar en el proceso educativo, esto es, que garantiza de manera implícita la pluralidad de oferta.<sup>34</sup>

Del mismo modo, el Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos; así como supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. En virtud de ello, el servicio es uno regulado.

El Estado se impone como deber asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas. Se ha impuesto la prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.<sup>35</sup>

En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.<sup>36</sup>

Estas no son expresiones aleatorias ni emanadas de un texto de literatura o normativo cualquiera, sino que constituyen garantías constitucionales expresamente reconocidas.

---

34 Artículo 13 de la CPP, ya citado en el texto.

35 CPP, «Artículo 16º.- Sistema y Régimen Educativo.

Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República».

36 CPP. «Artículo 17º.- Gratuidad y Obligatoriedad de la Educación.

La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional».



Lo cierto es que la educación pública, que es pagada con impuestos, no es percibida en general como satisfactoria, donde muchos de los que la utilizan no necesariamente pagan impuestos, y gran cantidad de los ciudadanos que no la usan, y eligen la privada, los pagan. Entonces, cuando un ciudadano paga por educación privada, paga dos veces, pues paga esta y también sufraga la pública. El no uso del servicio no genera ningún crédito para quien lo omite, a pesar de sufragar una alterna (privada) que le ofrece mejores condiciones.<sup>37</sup>

Conforme al TC, el Estado peruano ha resultado incapaz de asegurar la calidad que predica y garantiza en el texto constitucional vigente. Después de lo resuelto (dos veces) por el máximo intérprete de la Constitución, primero cuando declara el estado de cosas inconstitucional educativo en el año 2010 para educación superior, y luego en el año 2016 respecto a la educación básica regular, no hay aún evidencia de que tal situación se haya superado. Por el contrario, en los últimos tres años, la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU) ha cerrado más de 40 instituciones universitarias que supuestamente no pudieron demostrar condiciones elementales de funcionamiento, y actualmente no ha terminado el procedimiento de licenciamiento del resto al 100 %.<sup>38</sup>

Sin perjuicio de ello, y como hemos comprobado de manera evidente, si hoy analizamos desde el prisma constitucional problemas educativos relacionados con la pandemia, sufragar los pagos del servicio en las IE privadas, por ejemplo, constituye una obligación del Estado (artículo 17 de la CPP de 1993).<sup>39</sup> En este sentido, me resulta claro que el texto constitucional, en este caso concreto, anticipó el problema.

De acuerdo con el texto constitucional, el Estado se ha obligado expresamente a subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades para quienes no puedan pagarla. Y es importante destacar que este es un precepto nuevo, que no lo encontrábamos en el texto de la CPP de 1979. Tal norma constituye una garantía constitucional, y es perfectamente exigible por parte de un ciudadano.

No es cuestión extraña en este, y otros importantes temas, que nos encontramos con muchas normas constitucionales que no necesariamente se aplican de manera imperativa o cumplen funcionalmente, sino que establecen principios que serán concretados en la medida de las posibilidades y coyuntura de cada administración. Nos referimos a las normas de carácter programático, cuya interpretación debe ser aunada a las demás reglas de derecho dispuestas, de tal forma que formen un todo lógico inescindible. La ya citada norma no forma parte de aquellas, sino que es de imperativo cumplimiento.

---

37 <https://educacionalfuturo.com/articulos/situacion-de-los-colegios-publicos/>; <https://educacionalfuturo.com/articulos/situacion-de-colegios-privados/>; <https://revistaidee.com/idee/content/la-agon%C3%AD-de-la-escuela-p%C3%BAblica>; <https://inversionenlainfancia.net/?blog/entrada/noticia/2544>; <https://elcomercio.pe/peru/ano-escolar-2019-37-colegios-publicos-optimos-inicio-clases-noticia-614352-noticia/>; [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1529/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1529/libro.pdf); <http://umc.minedu.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/EB03.pdf>

38 <https://www.sunedu.gob.pe/avances-licenciamiento/>

39 Esto ha de concordarse también con el artículo 70 de la misma norma que explicita la intervención del Estado por el bien común.



Hoy, el contexto prevé para el año 2020 —inicio de la pandemia del COVID 19— la mayor caída económica del país en 100 años, del orden del 12,5 % del PBI, debido a la alta paralización de actividades, dada la cuarentena impuesta por el estado de emergencia entre el 15 de marzo y el 30 de junio, cuando el producto bruto interno cayó en -40,5 % hasta abril, con una disminución del empleo formal en 47 %, y 2,4 millones de puestos de trabajo perdidos, aproximadamente. Esto ha hecho complejo —si no imposible— para algunos el pago de las cuotas por servicios de educación.<sup>40</sup>

No avizoro otra circunstancia más apremiante e idónea para hacer cumplir el mandato constitucional señalado (subvención) que una pandemia, y de estas características, donde el Perú ha llegado a ocupar hasta la fecha de redacción de estas líneas, el quinto puesto a nivel mundial de infectados, y con proyección al alza.

Puestas las cosas de ese modo, la solución concreta al problema de pagos, ante la carestía de los privados, la tiene el texto constitucional, conforme a lo reglado estrictamente en su artículo 17, y su inobservancia lleva consigo los mismos sinsabores elementales inconstitucionales que obligaron al TC a poner de manifiesto más de una vez y que ya hemos repasado, como es que el Estado sencillamente no cumple con sus obligaciones en esta materia.

Esto ha de compaginarse en importancia con todas las ayudas económicas que el mismo Estado ya ha aprobado y desembolsado como paliativo para diversos sectores de la economía, dirigidas a personas y empresas de distinta envergadura y segmentos económicos. Nótese que la única vez que la Constitución Política utiliza la figura de la subvención en todo su texto y obliga a subvencionar es en la educación.

## **5. Corporaciones educativas, tipología de las entidades prestadoras del servicio**

Conforme lo anotado líneas atrás, de acuerdo a ley, las instituciones educativas se venían organizando como entes desprovistos de personalidad jurídica, y sin atención a su subjetividad jurídica (dato que no es menor), hasta finales de la década de 1990.

De esta manera, una persona natural aisladamente considerada, o una asociación (sin fines de lucro), interesada en fundar una organización educativa, presentaba la solicitud respectiva a la autoridad correspondiente para que esta le otorgara una autorización que la reconociera como «promotor» y, al mismo tiempo, permitiera el funcionamiento de la institución educativa (a la que, como hemos establecido, no se le otorgaba ninguna categoría jurídica y, en lo que concierne, sin atribución de personalidad jurídica, que resulta evidente, no se ha de presumir).

40 <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-53051157>, <https://www.nytimes.com/es/2020/06/12/espanol/america-latina/peru-coronavirus-corrupcion-muertes.html>, <https://es.investing.com/news/economic-indicators/peru-preve-sufrir-la-mayor-caida-economica-de-ultimos-cien-anos-por-covid19-2012062>, [https://www.eldiario.es/economia/Peru-sufrir-economica-ultimos-COVID-19\\_0\\_1039747128.html](https://www.eldiario.es/economia/Peru-sufrir-economica-ultimos-COVID-19_0_1039747128.html), <https://rpp.pe/economia/economia/bcp-economia-podria-tener-su-peor-caida-en-100-anos-y-ser-la-mas-golpeada-de-la-region-reactivacion-economica-coronavirus-en-peru-desempleo-noticia-1270200>

Un colegio autorizado bajo estos parámetros normativos no era sino una corporación no inscrita, pero no una persona jurídica. Aun así, el reconocimiento de su subjetividad era también difícil. Particularmente, durante la década de los 90 me vi en la penosa tarea de explicar esta dicotomía a diversos funcionarios privados y públicos, en el transcurso de distintas negociaciones que debían imputarse directamente a una de aquellas entidades educativas.

El reconocimiento de la tipología legal de Colegios, Institutos, Universidades, entre otros, se había difuminado aquí tras el manto omnipresente de la Asociación, creo yo, basado en la idea de la actividad no lucrativa, el escaso desarrollo del Código Civil sobre estos aspectos, y el poco interés y difusión de estos temas por parte de la jurisprudencia y la dogmática corporativa.

Ya en 1993 la CCP desentrañó de su texto el confinamiento de dichas actividades a entidades no lucrativas y, en consecuencia, en 1996 se promulgó una ley que permitía (D. Leg. 882), esta ya expresamente, que las IE existentes se adecuaran a cualquier forma corporativa (Sociedad, EIRL, Asociación, Cooperativa, etcétera), y así obtuvieran personalidad jurídica, y obligaba a las que se formaran de manera posterior para que adoptaran alguno de aquellos tipos.

Sin embargo, la adecuación tuvo que esperar a la promulgación de sendos decretos supremos para regular y reglamentar los procedimientos, que vieron la luz entre los años 1997 y 1998.

No obstante, la subjetividad de las IE era evidente, y el análisis correspondiente se explicó y detalló el año 2002 (Salazar Gallegos, 2002).

El año 2003, en consecuencia, se promulgó una nueva Ley General de Educación, que, recogiendo lo antes señalado, estableció de manera general la personalidad jurídica para todas las IE.<sup>41</sup> Ello trajo como consecuencia la muy particular situación de que muchas IE en el Perú ostenten en apariencia doble tipicidad corporativa, por su condición propia de IE (colegio, instituto, escuela, universidad u otra) y su adecuación a una forma corporativa reconocida por las leyes comunes (Sociedad, EIRL, Asociación, Cooperativa, etcétera).

No obstante, y como hemos explicado, el sector siempre ha transitado en orfandad, y hasta el día de hoy se emiten «verdaderos» fallos administrativos que desconocen esta diáfana realidad.

Bajo las normas en comentario, el universo corporativo de las IE se constituye de la siguiente manera:

IE privadas:

- a) Entidades creadas sin personalidad jurídica, típicas y con subjetividad jurídica. No tienen fines lucrativos.

---

41 LGE, «Artículo 72º.- Las Instituciones Educativas Privadas. Las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del Sector Educación. El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada».

- b) Entidades creadas sin personalidad jurídica, pero adecuadas al D. Leg. 882, con personalidad jurídica, que a su vez pueden ser causalizadas (asociaciones o cooperativas) o no (sociedades y EIRL). Dependiendo del tipo legal adoptado, no tendrán fines de lucro o se comprenderán supuestamente como mercantiles.
- c) Entidades creadas sin personalidad jurídica, a las que a partir del año 2003 se les imputa la categoría de personas jurídicas. No tienen fines de lucro.
- d) Entidades creadas con personalidad jurídica (solo universidades). Y dependiendo del tipo legal adoptado, no tendrán fines de lucro o se comprenderán como mercantiles.

Públicas:<sup>42</sup>

- a) Públicas de gestión directa por autoridades educativas del sector educación o de otros sectores e instituciones del Estado.
- b) Públicas de gestión privada, por convenio, con entidades sin fines de lucro que prestan servicios educativos gratuitos.<sup>43</sup>

Y conforme la LGE ya citada, las etapas del sistema educativo son:

- a) Educación básica. Está destinada a favorecer el desarrollo integral del estudiante, el despliegue de sus potencialidades y el desarrollo de capacidades, conocimientos, actitudes y valores fundamentales que la persona debe poseer para actuar adecuada y eficazmente en los diversos ámbitos de la sociedad. Con un carácter inclusivo atiende las demandas de personas con necesidades educativas especiales o con dificultades de aprendizaje.
- b) Educación superior. Destinada a la investigación, creación y difusión de conocimientos; a la proyección a la comunidad; al logro de competencias profesionales de alto nivel, de acuerdo con la demanda y la necesidad del desarrollo sostenible del país.

Los tipos corporativos estrictamente educativos consecuentes y que responden a distintos niveles de prestación de servicios son:

---

42 En el Perú no existe un criterio uniforme respecto al fin de las entidades corporativas. Los criterios de causalidad y estructurales se encuentran en distintas leyes de manera desordenada. Así, el Código Civil verifica sobre los tipos que regula que «persigue un fin no lucrativo» (Asociación, artículo 80), «es una organización no lucrativa» (Fundación, artículo 99°), y «finalidad altruista» (Comité, artículo 111). La ley de la EIRL, «se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas» (artículo 1°, L. 21621); las sociedades «para el ejercicio en común de actividades económicas» (artículo 1°, LGS), y las cooperativas «sin propósito de lucro» (artículo 3°, Ley General de Cooperativas – LGC). Es curioso, sin embargo, que la Ley de Mercado de Valores – LMV (de eminente corte mercantil) exprese sobre algún tipo regulado que este sea «sin fines de lucro» (artículo 158°, LMV). Esto genera que en el Perú exista un régimen dual, es decir, dissociado en lo que a criterios de construcción basal de personas jurídicas se refiere. Así, el CC y la LGC se acogen al criterio causal corporativo, mientras que la Ley de EIRL y la LGS se atienen al criterio estructural, sin perjuicio de crear dificultad respecto a cuál sería (y si corresponde) el criterio de mercantilidad para esta última. Una reseña al respecto en: <https://ius360.com/privado/civil/personas-juridicas-societarias-y-otras-parte-i-tipologia-sistemas-de-constitucion-y-existencia/>

43 Particularmente, considero dicha limitación como absurda, y así lo he sostenido (Salazar Gallegos, 2005).

- En educación básica regular:  
Colegios, regulados y reconocidos como tales por la Ley de Colegios, L. N° 26549 y su Reglamento, el D.S. 009-2006-ED.
- En educación superior:
  1. Universidades, reguladas por la Ley Universitaria del año 2014, L. 30220.
  2. Institutos, regulados por la Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior, L. 30512.
  3. Escuelas, reguladas por la Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior, L. 30512.
  4. Escuelas de posgrado, reguladas por la Ley Universitaria del año 2014, L. 30220.
  5. CETPROS, regulados por el D.S. 022-2004-ED; la educación técnico-productiva es una forma de educación orientada a la adquisición y desarrollo de competencias laborales y empresariales en una perspectiva de desarrollo sostenible, competitivo y humano, así como a la promoción de la cultura innovadora que responda a la demanda del sector productivo y a los avances de la tecnología, del desarrollo local, regional y nacional, así como a las necesidades educativas de los estudiantes en sus respectivos entornos.

Cada uno de estos se rige por una ley específica, y por tanto colegios, institutos, universidades, CETPROS y otros se estructuran de una forma única y distinta, y son regulados y supervisados de manera diferente.

Por su parte, las academias de preparación universitaria, que alguna vez formaron parte del texto normativo general, hoy han desaparecido de su espectro, quizá como otra nota adicional al desinterés que existe sobre el proceso formativo educativo en el país.

Las entidades privadas se autogestionan y autofinancian. Esto, reiteramos, sin perjuicio del mandato constitucional ya citado, que exige la subvención por parte del Estado, y cuya omisión impediría apoyar a las entidades objetivamente más eficientes y a los padres y apoderados que lo necesiten. La CPP no expresaba ello antes (desde el punto de vista histórico). La LGE, L. 23384, de mayo de 1982, sí lo hacía, y lo señalaba en su artículo 12°, que decía que «es responsabilidad del Estado apoyar en el sostenimiento de los centros de gestión no estatal»; lo mismo su artículo 20°, que indicaba que se financiaban con el aporte del Estado. Igualmente, su artículo 26°, que regulaba compensaciones económicas a favor de los entes no estatales, para rebajar las pensiones o pagar becas. Esta norma ya regulaba incluso la educación a distancia, y como podemos verificar contenía normativa más solidaria al respecto.

## **6. Calidad de la educación, el licenciamiento y la acreditación**

La calidad es un elemento clave en el entorno educativo. El problema del estándar de calidad en la educación pública y privada parte por la deficiente regulación al

respecto, donde es el operador público quien infringe sus obligaciones y, a su vez, debe verificar este elemento en los privados.

Una entidad difícilmente puede supervisar estructura, planes de estudio, lineamientos, organización y calidad, si es que no puede ella misma administrarlos y demostrar su validez.

No es un misterio que las instituciones públicas de educación, en gran proporción, son las primeras en incumplir el mandato constitucional de calidad. El Estado se ha propuesto metas que no ha sido capaz de cumplir en casi todos los casos y que revierten en contra del texto de la CPP y del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La poca eficiencia gubernamental en el mercado educativo, donde también operan y compiten los privados de manera activa, normalmente es sinónimo de baja calidad. Esto se agudiza más cuando la concurrencia de entes particulares es numerosa, la demanda alta, y la supervisión casi nula y/o ineficiente (como lo ha comprobado el TC).

El Estado tendría que tender a equilibrar las prestaciones, brindando por su parte un servicio óptimo y altamente competitivo, que cumpla con el mandato constitucional, y que incentive al sector privado a invertir de manera permanente, preocuparse por el servicio y generar así un estándar adecuado.

Respecto a la medición de la calidad, debe tomarse en cuenta que el sistema puede verse subordinado a factores que conduzcan a error, pues la imposición de metas, por ejemplo, puede llevar a las instituciones a falsear y/o forzar resultados que no necesariamente sean reales.

El licenciamiento, conforme a ley, es la autorización de funcionamiento que se obtiene a través de un procedimiento de verificación del cumplimiento de unas, denominadas también normativamente, condiciones básicas de calidad (CBC). El cumplimiento de estas condiciones no implica que la IE ofrezca un servicio de educación de calidad, como erróneamente su nombre pudiera dar a pensar, sino que supone la verificación, en primera instancia, de las condiciones mínimas indispensables para operar, esto es, lo que la ley exige, material y objetivamente, para ofrecer los servicios. Ello, aunque parezca sorprendente, es necesario que se evidencie, pues algunos erróneamente suponen que la calidad en educación se impone por ley, y que basta una reforma legislativa para acabar con las desigualdades de aquella (lo mismo que ocurre con el presupuesto asignado, que, por elevado que fuere, necesita gestionarse correctamente).

Y así, por ejemplo, que la ley exija: (i) un determinado grado académico para poder calificar como profesor y enseñar, o (ii) un grupo de publicaciones en una revista indexada, en lo que se ha llamado con acierto el negocio intelectual, ciertamente no asegura calidad.<sup>44</sup>

---

44 Sergio Villalobos *Revistas Indexadas y Otros Vicios Académicos. Revista Chilena de Literatura*. N° 84. Santiago. 2013. «Los académicos, igual que todos los seres humanos, viven preocupados de su situación, el ascenso y el prestigio, que al fin se reflejan en la posición ocupada en alguna universidad, un centro de estudios o un cargo público. En esa competencia darwiniana puede haber buenos y malos métodos. Entre estos últimos están las publicaciones en revistas “indexadas”».

No es menor apuntar que esto incluso ha llevado al nacimiento y proliferación de lo que se conoce

En el caso peruano, el licenciamiento se ha impuesto por ley a institutos y escuelas superiores, y a universidades. En el primer caso este es de cinco años y, en el segundo, de seis a diez años. Lo cierto es que, de las 92 universidades ya licenciadas a la fecha de redacción de este artículo,<sup>45</sup> solo tres lo han sido por el plazo máximo.<sup>46</sup>

El licenciamiento está a cargo del MINEDU<sup>47</sup> y de la SUNEDU,<sup>48</sup> donde esta última verifica solo el ámbito universitario.

Con relación a la acreditación, esta se regula conforme a la actual LGE:

Artículo 14o.- Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa

El Estado garantiza el funcionamiento de un Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa que abarca todo el territorio nacional y responde con flexibilidad a las características y especificidades de cada región del país.

El Sistema opera a través de organismos autónomos, dotados de un régimen legal y administrativo que garantiza su independencia.

Como parte de los esfuerzos del Estado para garantizar la implementación de una política educativa de calidad, mediante L. 28033, Ley General de Educación, su artículo 14º, se garantiza la creación de un ente que se encargue de regular la acreditación de la calidad en las instituciones educativas, en cualquiera de sus niveles.

Así, mediante la L. 28740 se crea el SINEACE,<sup>49</sup> como ente encargado de velar por la acreditación de la calidad educativa en todos sus niveles. Sin embargo, mediante la décimo segunda disposición complementaria transitoria de la Ley Universitaria, publicada en julio de 2014, se declaró en reorganización al SINEACE. Dicha disposición señala:

DÉCIMA SEGUNDA. Reorganización del SINEACE

Declárase en reorganización el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE) y derógase el Capítulo II del Título I, a excepción del numeral 8.3 del artículo 8, y los Títulos II, III, IV y V de la Ley 28740.

Autorízase al Ministerio de Educación, en el marco de lo dispuesto en el párrafo precedente, a que mediante resolución ministerial constituya i) un Grupo de

---

como revistas predatorias o de prácticas predatorias, como modelo comercial engañoso: <https://www.nytimes.com/2019/04/03/science/predatory-journals-ftc-omics.html>

45 Nótese que el licenciamiento universitario se creó a mediados del año 2014, y aun después de casi seis años las autoridades no han acabado el mapeo respectivo.

46 Aquí también, nótese, hay un efecto perverso, pues el licenciamiento se sujeta al controlador estatal por un período extremadamente corto, tomando en cuenta el nivel de inversión necesario para obtenerlo.

47 Ministerio de Educación, <https://www.gob.pe/minedu>

48 Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, <https://www.sunedu.gob.pe/>

49 Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa, <https://www.sineace.gob.pe/>

Trabajo encargado de evaluar el SINEACE y elaborar un proyecto de ley para su reforma, que será remitido por el Poder Ejecutivo en el plazo de 90 días calendario como máximo y ii) un Consejo Directivo ad hoc para el Sistema, conformado por tres miembros: la presidencia del COSUSINEACE, quien lo presidirá, un representante del Ministerio de Educación, y la presidencia del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC), para que ejecute las funciones necesarias para la continuidad del organismo y los procesos en desarrollo, las mismas que serán establecidas en la resolución ministerial antes señalada, hasta la aprobación de su reorganización. La Secretaría Técnica del COSUSINEACE mantiene sus responsabilidades respecto al referido Consejo Directivo.

El Consejo Directivo ad hoc del SINEACE, será responsable de designar a los representantes de este organismo ante otras instancias, durante el plazo de su vigencia.

A partir del segundo año de la implementación de la modificación de la Ley 28740, solo podrán otorgar doctorados las instituciones que cuenten con programas de posgrado acreditados.

Si bien ya incluso mediante R.M. 396-2014-MINEDU, de fecha 28 de agosto de 2014, se instaló un grupo de trabajo para realizar la reforma del SINEACE, de manera que, de acuerdo a ley, se presente el proyecto de ley de reorganización del mismo, ello hasta el día de hoy no se ha cumplido.

La acreditación se efectúa a personas jurídicas o naturales o por profesión u ocupación. El proceso de acreditación de la calidad educativa es voluntario. Excepcionalmente, la acreditación de la calidad de algunos programas de estudios será obligatoria por disposición legal expresa. Obviamente, las acreditaciones se constituyen por compartimientos, ya sea a procedimientos específicos dentro de la institución, programas, carreras y/o facultades determinadas, no a toda la corporación en conjunto (Salazar Gallegos, 2003).

## **7. El contrato de servicios educativo**

Este tema ha tenido muy escaso tratamiento doctrinario y jurisprudencial, y han sido leyes de consumidores, desde su particular espectro de regulación, y los precedentes administrativos consecuentes, los que en última instancia han ido moldeando la figura en el campo de la protección del consumidor en servicios específicos (artículos 73 y 74 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – CPDC) y de los contratos de consumo (artículo 45 del CPDC).

En ese sentido, la legislación educativa: (i) no calificaba la relación jurídica, (ii) ni el servicio público, (iii) ni la necesidad de suscribir un contrato. No lo hacía en su momento la Ley General de Educación de 1983, ni la Ley de Colegios 26549, ni su Reglamento, el D.S. N° 001-96-ED. Es solo la actual LGE de 2003 la que califica la educación como servicio público, además de pronunciarse sobre aspectos corporativos esenciales, como la imputación de la personalidad jurídica a las instituciones educativas, que en retrospectiva solo la Ley Universitaria de 1983 había hecho antes



dentro del espectro de las IE.

Esta misma LGE, en sus 92 artículos, no regula el contrato de educación, de servicios de educación o de enseñanza (no es pues un contrato típico, ni nominado);<sup>50</sup> menos aún sus características, así como tampoco lo hace su reglamento, que está a su vez compuesto de 159 artículos.

No obstante, el Estado obligaba a suscribir contratos, en el caso de colegios e institutos superiores, a partir del año 2002.<sup>51</sup>

Es importante resaltar que parte del contenido de estos resulta predeterminado y moldeado por la normativa;<sup>52</sup> otra parte del contenido es predeterminado

---

50 En nuestro medio, Manuel de la Puente y Lavalle (1993). En otro apunte y por todos, Díez-Picazo & Gullón (1992).

51 En aquel entonces se prohibió expresamente:

- «Brindar información sólo verbal, errónea o insuficiente sobre el monto, número y oportunidad del pago de las pensiones y de los posibles aumentos.
- Condicionar el tratamiento de los reclamos referidos a aspectos de la evaluación de los alumnos al pago de las pensiones.
- Obligar a los padres de familia a la adquisición del íntegro de los útiles escolares al inicio del año escolar o a la compra de uniformes, materiales o útiles escolares en establecimientos señalados con exclusividad por los centros educativos.
- Cobrar cuotas extraordinarias sin la autorización expedida por el Ministerio de Educación.
- Usar procedimientos y/o mecanismos de intimidación que afecten la dignidad, la integridad física y/o moral de los educandos para el cobro de las pensiones. No estarán incluidos en este supuesto los mecanismos de notificación ordinarios orientados al cobro de las pensiones.
- Condicionar la matrícula al pago de alguna donación, contribución adicional o voluntaria.
- Obligar al abono de una o más pensiones mensuales adelantadas.
- Condicionar la evaluación al pago de pensiones, sin perjuicio del derecho de la institución educativa de retención de los certificados u otros registros de evaluación correspondientes a períodos no pagados, siempre que los padres de familia o apoderados hayan sido informados de este riesgo al momento de la matrícula y que sean las personas que recojan dichos documentos.
- Establecer por concepto de matrícula un importe mayor al de una pensión mensual».

Conforme Ley n° 27665, Ley n° 26549, Decreto Supremo n° 005-2002-ED, entre otros.

52 Es interesante recalar en la regulación pertinente, pues el año 2020 se estableció que: «Durante el proceso de matrícula el centro educativo está obligado a brindar en forma escrita, veraz, suficiente y apropiada, la información sobre las condiciones económicas a las que se ajustará la prestación del servicio educativo. Dicha información constará en un documento que será suscrito por el padre de familia y por el Director del Centro Educativo». Reglamento de los Centros y Programas Educativos Privados, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-ED, artículo 22. Sin embargo, esta norma, que fungía como reglamento de la Ley de Colegios, fue derogada y sustituida el texto por el siguiente: DECRETO SUPREMO N° 009-2006-ED, «Artículo 49º.- Las Instituciones Educativas, para efectos del control pertinente, informarán a los padres de familia e interesados, en forma veraz, suficiente y apropiada antes de la matrícula lo siguiente:

- a) Resolución que autoriza su funcionamiento.
- b) Reglamento Interno.
- c) Monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como de los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de la pensión mensual de estudios.
- d) Condición profesional del director y del personal jerárquico y docente.
- e) Requisitos para el ingreso de nuevos alumnos.
- f) Propuesta pedagógica.
- g) Sistema de evaluación y control de estudiantes.
- h) Número de alumnos por aula y horario de clases.



por la institución (lineamientos), y parte está personalizado en función de los alumnos.

De acuerdo con la legislación vigente, y en el particular caso de los colegios, estos suscriben contratos anuales con los padres, donde establecen las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos del producto y/o servicio, obligatoriamente. Estos mismos contratos suelen comprender también, con mayor o menor detalle, los datos sobre la resolución que autoriza el funcionamiento de la IE, las referencias a los reglamentos internos, el monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como de los posibles aumentos, la condición profesional del director y del personal jerárquico y docente, la propuesta pedagógica, el sistema de evaluación y control de estudiantes, el número de alumnos por aula y horario de clases, y los servicios de apoyo al estudiante que pudieran existir. Esto es lo predispuesto por ley. En el caso de las IE que ofrecen educación superior, esto no ocurre en estricto por razones evidentes.

Podemos encontrar resoluciones del TC que parecen interpretar de manera particular esta situación y desconocer esta realidad cuando señalan:

Sobre la base de lo anterior, una regulación estatal de mayor intensidad, respecto a empresas prestadoras, se halla justificada; y esto porque, en los contratos de servicios públicos, la libertad contractual no se ejerce en condiciones de simetría. En concreto, los usuarios no negocian las cláusulas en virtud de las cuales se contrata el servicio, sino que más bien la regla consiste en que ellos se «adhieren» a una serie de cláusulas y asumen obligaciones que han sido preestablecidas, sin que estas puedan ser realmente «negociadas». Tal situación se extiende a los servicios de electricidad, agua, telefonía, salud, educación, entre otros. Por esta razón, el Estado está legitimado para desarrollar un rol regulatorio y de especial protección que excluya la posibilidad de que el usuario se vea forzado a consentir condiciones abusivas en la contratación.<sup>53</sup>

La predisposición es relativa (ya no solo por la distensión del binomio servicio y público), si de acuerdo con la Ley 27665<sup>54</sup> (2002), denominada de «protección a la economía familiar»: (i) antes de cada matrícula se debe brindar en forma escrita información de monto, número y oportunidad de pago de pensiones, y posibles

---

i) Servicios de apoyo al estudiante que pudiera existir y

j) Otra información relacionada con el servicio educativo que se ofrece que sea de interés para el alumno».

Nótese que el nuevo texto obvia la forma escrita. No obstante, ello ha de concordarse con el Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010), que señala: «Artículo 74.- Derechos esenciales del consumidor en los productos y servicios educativos:

74.1 Atendiendo a la especialidad de los productos y servicios educativos, el consumidor tiene derecho esencialmente a lo siguiente:

a. Que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del producto o servicio. [...]».

53 Expediente N° 0011-2013-PI/TC. F. 60.

54 Aplicable a colegios.

aumentos.<sup>55</sup> La pensión en cuotas es una por cada mes de estudios, y una suma por matrícula que no supere una pensión mensual; (ii) no se puede obligar al pago de sumas o recargos por conceptos diferentes a los establecidos en la ley; (iii) las cuotas extraordinarias solo se podrán realizar con autorización previa del regulador; (iv) no se pueden cobrar pensiones adelantadas; (v) no se puede condicionar reclamos ni evaluaciones al pago de pensiones,<sup>56</sup> y (vi) no se pueden utilizar formas intimidatorias para el cobro de estas últimas.

Esta última norma tiene su paralelo posterior y complementación con la promulgación de la Ley N° 29947, aplicable a universidades, escuelas de posgrado, institutos y escuelas superiores.<sup>57</sup>

En concordancia, el mismo mes de febrero del año 2002 se promulga el D.S. N° 005-2002-ED, que, además de ratificar varios de estos conceptos, amplía conductas restringidas y el manto de protección a los comitentes, modifica el reglamento de colegios y señala que: (i) durante el proceso de matrícula el centro educativo está obligado a brindar en forma escrita, veraz, suficiente y apropiada la información sobre las condiciones económicas a las que se ajustará la prestación del servicio. Dicha información ha de constar en un documento que será suscrito por el padre de familia y por el director del centro educativo. Además, dice: (ii) «transcurridos dos meses en los cuales el padre de familia o el apoderado no hubiera cumplido

---

55 El artículo 15° del D. Leg. 716, de 1991, sobre protección a consumidores, a la sazón ya regulaba la obligación: «Artículo 15.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes. Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos».

56 El artículo 6° del DS 011-98-ED ya regulaba la situación: «Artículo 6°.- Constituye infracción grave, toda acción u omisión que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normas específicas aplicables a las instituciones educativas particulares y que por su naturaleza atente contra la formación o afecte los intereses del alumno, tales como: [...] e) Condicionar la evaluación del alumno al pago de pensiones, lo que no afecta el derecho de la institución educativa a retener los certificados correspondientes a períodos no pagados o a aplicar las demás medidas previstas en su reglamento, respecto al incumplimiento de los pagos siempre que hayan sido informadas a los usuarios al momento de la matrícula. f) Retener los certificados correspondientes a los estudios parciales pagados. [...]».

57 Esta indica en su texto que: «Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este último caso, las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al período no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda. La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú.

De igual manera no se podrá condicionar la rendición de evaluaciones del ciclo lectivo en curso a los alumnos que estén desempeñándose como deportistas calificados de alto nivel a la asistencia presencial a clases que colisionen con las horas de entrenamiento y/o con los eventos deportivos en los que participan, debiendo para ello encontrarse acreditados por el Instituto Peruano del Deporte. De ser el caso, se debe reprogramar las fechas de evaluación de los mismos».

con la cancelación total de las obligaciones a su cargo, el centro educativo puede citar a una reunión para dar tratamiento al problema, en la cual se podrá suscribir un acuerdo que establezca nuevos mecanismos de pago. De incumplirse dicho cronograma de pago o de no lograrse ningún entendimiento, el centro educativo estará facultado para suspender el servicio educativo». Esto como obligación, si bien en la práctica ya varias instituciones venían haciéndolo años antes, por seguridad, diligencia y transparencia.

A ello ha de sumarse lo preceptuado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC, 2010), que hace otras exigencias adicionales y complementarias, si bien desde el punto de vista de la revelación de información necesaria para paliar la asimetría obvia y permitir adoptar una decisión de consumo a los usuarios.

La legislación educativa entonces deja algún margen a la autonomía de los sujetos del proceso educativo. Si bien el colegio emite normas internas reglamentarias, estas no pueden en absoluto restringir derechos reconocidos ni principios o regulaciones sectoriales y/o que tengan que ver con la naturaleza de las instituciones o el servicio. Las disposiciones reglamentarias, sancionadoras y procedimentales internas se sujetan a criterios constitucionales, regulatorios educativos, y procedimentales administrativos varios ya expresos.

Estamos entonces ante un contrato privado especial, aunque no tipificado;<sup>58</sup> es un contrato de consumo conforme al CPDC,<sup>59</sup> y es de servicio público de acuerdo con la LGE.<sup>60</sup>

Antes de la ley reseñada del año 2002, era discutible su esfera de contrato privado, ya que se ejecutaba y se cumplía lo preceptuado por la ley al matricularse un alumno, y en virtud de la concesión pública que ciertamente no reconocía un ente diferenciado de manera expresa. Hay quien podría verificar entonces una prestación de índole administrativa.<sup>61</sup>

---

58 Cabe hacer la remisión normativa al artículo 1757 del CC y la discusión que al respecto existe entre los innominados y los atípicos, y la aplicación severa de tales reglamentaciones. CC. «Artículo 1757º.- Contratos innominados de prestación de servicios. Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des». Así, es ineludible señalar que, en efecto, la relación jurídica es una de prestación de servicios de carácter especial, encuadrada en la normativa de la que aquí hacemos repaso apurado y que merecería un libro *ad hoc*.

59 L. 29571 (2010). «Artículo 45º.- Contrato de consumo. El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes.

En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos».

60 Estos no han de confundirse, por ejemplo, con los *Educational service agreement*, regulados en otras circunscripciones, que refieren no a un contrato, sino a una orden de servicios bajo la cual el gobierno adquiere de un proveedor los mismos. <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/237.7201>

61 Esto es muy importante, porque permite ensanchar y moldear las incidencias del mismo con la regulación vigente. En el mismo sentido, y en opinión que no comparto en intensidad, incluso hoy día la administración pública asevera que las IE privadas ejercerían función administrativa por delegación del Estado, por lo que serían consideradas como entidades de la administración pública y les serían aplicables las normas y principios propios de aquellas.

Si hemos de ensayar una definición, un contrato de servicios educativos privado (o de enseñanza) se configura cuando una institución educativa, autorizada y licenciada<sup>62</sup> por el Estado para actuar como tal, y prestar el servicio educativo<sup>63</sup> bajo determinada(s) modalidad(es), al amparo de la Ley General de Educación y demás normas aplicables, se obliga mediante la suscripción del mismo a prestar dicho servicio a favor de una persona, donde existe la obligación de colaborar en su ejecución por parte del contratante, asumiendo, entre otros, el pago de una suma de dinero, salvo que se haya exceptuado ello de manera convencional o por ley.<sup>64</sup> Implica prestaciones que contratan los padres o apoderados para que sean recibidas por sus hijos, es decir, es un contrato con prestaciones de hacer a favor de terceros (Pérez Conesa, 1999).<sup>65</sup> Se trata pues de un contrato complejo, regulado en sus prestaciones por el Estado para cumplir fines públicos a través del mismo.

La onerosidad del contrato es exceptuada de manera excepcional por aquellas instituciones que así lo decidan, o se vean compelidas por ley a ello.

Sobre las características del contrato, tomando en consideración lo anotado en líneas previas, podemos verificar gran parte de aquellas, limitando esta vez el análisis desde la óptica de la prestación del servicio de educación básica regular.

Así, se trata de un contrato de prestación de servicios de periodicidad anual (para colegios),<sup>66</sup> ya que es esa la vigencia que le otorga la ley. En condiciones ordinarias

---

62 La Ley de Colegios peruana no prevé el licenciamiento.

63 La definición legal de servicio educativo para colegios es: «*el conjunto de actividades educativas y de gestión diseñadas y organizadas, en función del nivel o ciclo de la Educación Básica Regular, Especial o Alternativa, para lograr un objetivo predeterminado de aprendizaje a lo largo de un periodo, de acuerdo a las disposiciones y orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional*» (RVM 090-2020-MINEDU). Esto es un avance, pero parece restar importancia a las prestaciones conjuntivas, y concentrarse en la obligación principal, sin distinción por diversidad de oferta.

64 Las leyes peruanas contemplan diversas formas de becas y otros incentivos económicos que exigen a determinadas personas, por su particular condición, del pago por los servicios. Ya dentro de un período que excede el que estamos analizando en este trabajo, por ejemplo, la Ley 23585 (1983) ya concedía beca a los alumnos que perdían a sus padres.

65 «La función práctica del contrato a favor de tercero consiste en realizar un doble efecto patrimonial empleando un medio único, puesto que, para el estipulante, el contrato implica una operación a través de la cual pretende obtener la finalidad propia del contrato de que se trate, donde se distingue su interés en la relación interna, y la que se propone alcanzar con respecto al tercero mediante el compromiso del promitente, donde se halla el interés en que el derecho se atribuya al tercero, y ello porque el estipulante no se propone simplemente aprovechar a un tercero, es decir, no tiene en cuenta tan solo el interés del tercero sino también el suyo propio, porque, si bien muestra un interés en que al tercero se le atribuya un derecho, también habría que saber por qué quiere llegar a ese resultado. No basta con afirmar que la intención del estipulante en el contrato a favor del tercero consiste en que éste sea titular de un derecho, sino que, además de ello, se propone realzar su propio interés. A este respecto, el interés que determina al estipulante a establecer un pacto semejante puede consistir en solventar una propia deuda frente al tercero, en tal caso acreedor suyo con anterioridad; que es lo que ocurre en el caso del contrato de educación, a través del cual los padres cumplen el deber de proporcionar a sus hijos una formación integral».

Del mismo modo, Díez-Picazo (1993, pp. 403 y ss).

66 En universidades lo será semestral, lo mismo que en institutos y escuelas superiores.

implica la prestación del servicio de manera presencial, pero la ley admite y regula modalidades, entre ellas, a distancia, y las define.

Es un contrato innominado, pues, como ya hemos establecido, la ley no lo regula de manera expresa como tal, y, por el contrario, hemos verificado que la normativa educativa se complementa con la de consumidores.

Es formal, y *ab solemnitate*, cuando la ley exija que se materialicen sus condiciones por escrito; y es oneroso, salvo lo comentado líneas atrás.

Es un contrato de obligaciones principales, donde el objetivo es la adquisición de habilidades y conocimientos, y la obtención de un grado de calificación, a través de la impartición de la enseñanza y el cumplimiento de las directrices que a su vez se especifiquen durante su desarrollo para ello, que implica principalmente una obligación de hacer; y de ejecución continuada.

Es de prestaciones conjuntivas, de carácter accesorio, subsidiarias, complementarias y secundarias (interrelación social, habilitación de facilidades e infraestructura, como lo pueden ser las bibliotecas, disposición y uso de instalaciones deportivas, lúdicas, de actividades diversas), y existe un importante deber de cuidado<sup>67</sup> o ya denominada obligación de seguridad, etcétera.<sup>68</sup>

Se constituye en uno de obligación de medios (en lo principal), que permite su resolución unilateral por cualquiera de las partes ante condiciones previamente explicitadas; de prestaciones bilaterales; de colaboración, y atípico (Hernández & Trivisonno, 2015, p. 81).<sup>69</sup>

67 En ello y en lo presencial hay una Obligación de Seguridad que ha sido desarrollada de manera certera en sede administrativa, aun cuando hace falta desde el punto de vista civil. Así y por todas refiero a la Resolución N° 1480-2019/SPC-INDECOPI. F. 20. «Por lo que, uno de los parámetros a considerar para determinar la expectativa generada en los consumidores y, por ende, para analizar la idoneidad de los bienes o servicios adquiridos o contratados por ellos, es la naturaleza de dicho bien o servicio. Tratándose de servicios educativos, los colegios se encuentran obligados a adoptar medidas destinadas a garantizar la seguridad de sus alumnos durante su permanencia en el centro educativo».

68 El Reglamento de la LGE, en su artículo 2°, se refiere a que: «Frente a este derecho está la obligación del Estado de garantizar la asequibilidad, es decir, una oferta suficiente de instituciones y programas educativos, públicos y privados, asequibles a todas las personas, para asegurar la universalización de la educación, lo que implica docentes calificados y locales escolares suficientes y adecuados pedagógicamente con instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, luz eléctrica, instalaciones para personas con discapacidad, materiales educativos, bibliotecas, servicios de informática, equipos de tecnología de la comunicación e información»; así también, «instituciones educativas dotadas de infraestructura adecuada y segura, mobiliario, materiales y recursos educativos, equipamiento con tecnología vigente y servicios básicos indispensables para el proceso de enseñanza y aprendizaje».

69 «Es atípico, porque desborda las fronteras de la locación de servicios y no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las figuras tipificadas. (14) No desconocemos que algunos autores se han expedido en sentido contrario, sea por considerarlo locación de servicios (15) o locación de obra. (16) Como luego veremos al abordar el objeto, nos parece que el contrato de servicios educativos privados no se reduce a una mera prestación de actividad sino que compromete una prestación principal, aunque articulada con prestaciones accesorias y deberes anexos, definitorios a la hora de precisar la naturaleza del contrato. De cierta manera, la idea es coherente con la existencia de organización empresarial a la que aludimos en los párrafos precedentes y con la estabilidad y durabilidad de la prestación de tal servicio educativo. Además, no se trata de un contrato atípico puro, sino de un contrato que presenta puntos en común con otras figuras típicas, lo que permite ubicarlo dentro del ámbito de los contratos atípicos mixtos. (17) De ese modo, las normas de la locación de servicios, de la locación de obra y del depósito,

Su objetivo principal entonces está fijado en lograr un aprendizaje a lo largo de un período, de acuerdo con las disposiciones y orientaciones regulatorias vigentes del Estado. En ello, la muy reciente definición normativa de servicio educativo, que veremos luego, juega un papel preponderante.

## **8. Normativa regulatoria sectorial educativa de los contratos**

Como no puede ser de otro modo y ha quedado de manifiesto en las líneas precedentes, la prestación de los servicios educativos y, por ende, del contrato consecuente, se encuentra sujeta a la regulación emitida por el Estado al respecto. Ello fluye de su calificación de servicio público por parte de la ley, y lo explicado a su vez por el TC.

Ya desde la órbita constitucional, en primer lugar se indica que:

[...] El Estado coordina la política educativa, formula los lineamientos generales de los planes de estudio, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República (artículo 16°). (Salazar Gallegos, 2005b)

Tratándose de una nación multiétnica, pluricultural y donde existen circunscripciones territoriales claramente definidas, es menester adecuarse a las condiciones de cada quien en cada lugar. No se puede dejar de reconocer que no es posible aplicar los mismos criterios a realidades distintas dentro de un mismo Estado. Esto se debe plasmar en normas que respeten dichas características.

Así mismo, esto quiere decir que la función del Estado se irradia a todos los rincones del territorio nacional.

Adicionalmente, el régimen de competencia no puede centrarse en un solo lugar —por ejemplo, la capital del Estado—, sino que se requiere la presencia de la autoridad administrativa en todos y cada uno de los lugares donde se le requiera, y con el mismo grado de incidencia.

Es preciso indicar que la descentralización del sistema y régimen debe encaminarse a procurar un estándar, de tal forma que las diferencias importantes se conviertan, en lo posible, únicamente en territoriales, más elementos accesorios propios, pocos, de carácter regional, respetando la identidad de las personas, pero que finalmente se brinden paralelamente herramientas comunes que pue-

---

entre otras, pueden resultar de interés a fin de integrar algunas normativas. La atipicidad también se ve mitigada atento a la posibilidad de recurrir a las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que este contrato de prestaciones de servicios educativos privados puede ser calificado como contrato de consumo, (18) ya que en la mayoría de los casos se darán los presupuestos de subsunción previstos por dicha ley».



dan facilitar la socialización del individuo y la convergencia al interior de un todo común.

Hay una centralización en las funciones de carácter general. Como no puede ser de otro modo, el Estado, a través de sus instancias administrativas correspondientes, debe coordinar la política educativa, la forma como se conduce el sistema, el régimen y los objetivos perseguidos.

En consecuencia, los lineamientos generales de los planes de estudio son formulados por el Estado. Esto no es óbice para que estos lineamientos sean revisados periódicamente y, por el contrario, es necesario que así sea; y, por supuesto, que de esa revisión resulte un cambio o actualización positiva. La revisión debe recoger, en lo posible, las propuestas de la sociedad civil, y en particular aquellas que provengan de los sectores más autorizados para pronunciarse sobre la materia.

La administración pública debe responder de manera flexible al principio, adaptando los lineamientos de estudio al avance científico, tecnológico, pedagógico y cultural en general, además de comprender las diferencias esenciales producidas en el seno de la sociedad, que no responden necesariamente a los conceptos aludidos.

Debe procurarse entonces un canal de orientación y comunicación que se retroalimente de manera constante y fluida. El peligro en la demora puede resultar en un factor determinante para el fracaso de la política educativa.

Los lineamientos deben recoger estos principios; de lo contrario pueden constituirse en barreras de acceso irracionales a los cambios propios de cada materia en discusión. La administración pública *per se* no necesariamente internaliza las externalidades negativas que tal conducta puede acarrear en la sociedad. Los problemas de agencia en este sector son claramente identificables.

El Estado debe asegurar que todas las personas reciban educación. La educación, como ya se ha expresado en el artículo 13° del texto constitucional, cumple un rol fundamental para la persona y debe tender a igualar las oportunidades entre ellas.

El seguro que impone el precepto no significa que sea el Estado quien preste directamente el servicio.

La educación a que se refiere el precepto es aquella considerada adecuada para los fines requeridos. Nuevamente surge el tema de la calidad o de la idoneidad de la oferta, si se quiere. Si nos basamos estrictamente en la que actualmente brinda el Estado, resulta ser un mal parámetro para tomar como estándar. Debe tenerse en cuenta que siendo el Estado un agente activo en la prestación del servicio, se encuentra sujeto a las mismas obligaciones que los particulares para el cumplimiento de su función.

Las limitaciones a que se refiere la norma tienen que ver con el derecho a la no discriminación, y a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2°.

Al existir relación directa entre capital humano y productividad, este principio estimula asimismo el aumento de la riqueza. Tiene que ver también con temas de oferta y demanda insatisfechas.

De los recursos ordinarios del presupuesto anual de la república debe darse prioridad a la educación. La prioridad implica ocuparse primero de ella y asignarle la mayor cantidad de recursos en relación con los otros sectores. Esto no significa que deba asignarse un monto que pueda ser libremente distribuido. Con el dere-

cho viene impuesta la obligación de dar cuenta respecto a los recursos destinados y su asignación valiosa y eficiente. Debe existir un marco operativo de gestión presupuestaria. Luego, de acuerdo con la cuantía asignada, corresponderán ciertos resultados. Toda vez que la educación es un elemento central para el crecimiento económico y social, la asignación de recursos resulta prioritaria en el sector.

*El Estado, entonces, regula la forma de prestación del servicio.* En el caso particular de los colegios, la autoridad suele emitir resoluciones al finalizar cada año, que, aunadas a la legislación vigente, orientan de manera transversal a las instituciones educativas en el desarrollo del servicio para el año siguiente. Este es el caso de la RVM N° 220-2019-MINEDU, de agosto de 2019, que aprobó la norma técnica denominada «Orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2020 en las Instituciones Educativas y Programas Educativos de la Educación Básica».

Durante el estado de emergencia, declarado ya desde el 11 de marzo de 2020<sup>70</sup> en el Perú, el órgano regulador nacional emitió un concierto de disposiciones destinadas a normar la prestación del servicio durante la pandemia del COVID-19, de muy especial consideración. Estas han tendido a adecuar la realidad imperante a la prestación del servicio<sup>71</sup>, por lo que resultan de ineludible cita.

En este sentido, *la RVM 079-2020-MINEDU (12.03.2020) modificó la norma antes anotada de agosto de 2019, que había determinado plazo y modo de la prestación.* Varias entidades educativas iniciaron servicios los primeros días de marzo y en su gran mayoría eran de carácter presencial.

Sin embargo, posteriormente, *mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA* se declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional, por la existencia del coronavirus (COVID-19), y *se previó que fuera el MINEDU, en su calidad de ente rector del sector, quien dictara las medidas que correspondan para que las entidades públicas y privadas encargadas de brindar el servicio educativo en todos sus niveles, posterguen o suspendan sus actividades.*

*Estas medidas fueron y son de cumplimiento obligatorio.* Obviamente, se trata de un evento sobreviniente, y la *normativa vinculante (las leyes de la pandemia, pues, como hemos señalado y vamos a repasar, son diversas) se constituye como una causa de fuerza mayor*<sup>72</sup> *de acuerdo con el Código Civil (CC), claramente, que exige de*

---

70 Recordemos que esto se hizo por Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, y que el estado de emergencia se ha extendido hasta los primeros días de septiembre de 2020, y que podría ser prorrogado (el Perú ocupa a la fecha de redacción de estas líneas la quinta posición de contagios a nivel mundial).

71 Sé que esto lleva inevitablemente a cuestionar la denominada cantidad contractual conforme al artículo 62° de la CPP, y la inconstitucionalidad de tales preceptos, de lo que trataré más adelante, pues por el momento referiré el cambio legislativo como se ha proveído.

72 Código Civil peruano: «Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». Esta es una disposición que no tiene parangón, por ejemplo, en la legislación alemana, pero sí en el Código Civil ecuatoriano. «Artículo 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortui-



*culpa e indemnización consecuente por la citada postergación y/o suspensión del servicio*, dada la obligatoriedad expresa de las directrices emanadas del ente rector educativo.

Esta norma dispuso en principio que, excepcionalmente, (i) se suspenda el servicio educativo hasta el 29 de marzo de 2020, en el supuesto de que con anterioridad se hubiera iniciado la prestación del servicio, y la obligación de reprogramar las horas lectivas del servicio educativo suspendido e informar por escrito de tal reprogramación a los usuarios; y, (ii) la reprogramación del inicio del servicio, en el supuesto de que con anterioridad la institución no hubiera iniciado la prestación del servicio. En términos contractuales, se modifica el plazo.

En este sentido, esta *reglamentación obligó a la institución educativa a reprogramar su calendario académico correspondiente al período lectivo 2020*, de modo tal que se cumplan las horas lectivas mínimas contempladas en las normas técnicas correspondientes, *y dispuso que la suspensión y/o reprogramación del inicio del servicio educativo no afectaba las obligaciones contraídas por los usuarios del servicio, siempre que la institución educativa apruebe su correspondiente plan de recuperación de horas lectivas, informe de este a los usuarios del servicio y cumpla con dicho plan*. Del mismo modo, apuntó que el usuario del servicio no se encontraba obligado a realizar nuevos pagos como consecuencia de la reprogramación de horas

---

to no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas»; en el Código Civil argentino: «Artículo 955.- Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados»; el Código Civil chileno: «Artículo 45.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»; en el Código Civil portugués tiene diversas menciones; en el Código Civil español, si bien no se considera de manera expresa, la doctrina cree que puede admitirse dentro de lo preceptuado por el artículo 1105, que indica: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», lo que en estricto refiere a imposibilidad; y en el Codice Civile italiano se le menciona para casos concretos, como el artículo 1785 para el depósito, y el 132, por lo que la figura no le es ajena, hemos de aplicar para casos paralelos el artículo 1256: «L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilita' e' solo temporanea, il debitore, finche' essa perdura, non e' responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilita' perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non puo' piu' essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha piu' interesse a conseguirla»; y el Código Civil francés en el artículo 1218: «Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1»; por su parte, el Código Civil federal de México entiende el concepto y lo traslada a distintas situaciones, pero obvia hacerlo en obligaciones de hacer, aunque sí lo hace en las de dar; y, finalmente, el derecho inglés, que ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de *Force Majeure* para el mundo de las obligaciones y contratos.

lectivas. Sobre este último punto, es importante anotar que desde un punto de vista estricto contractual, no se pueden tomar en cuenta las circunstancias ajenas a la relación jurídica negocial preestablecida en este caso,<sup>73</sup> como elementos subjetivos, para sustentar la inejecución de obligaciones, esto es, por ejemplo, la falta de ingresos para el pago de las pensiones programadas.

Posteriormente, y como lo podemos verificar en las siguientes líneas, queda claro de la lectura y revisión de las normas complementarias que aquí se citan, y que se fueron sucediendo a medida que el estado de emergencia restringió asimismo la educación presencial, como mínimo hasta septiembre, con proyección a diciembre (de hecho se ha obligado a las IE a presentar su plan de actividades hasta diciembre y se han hecho declaraciones públicas por parte de las más altas autoridades del Estado al respecto, siendo que lo más probable es que no se regrese a la modalidad presencial hasta el próximo año 2021), que el plan de recuperación se habría de entender con cambio de modalidad en la prestación del servicio, de presencial a educación a distancia. Y es la manera lógica y jurídica de entenderlo. Todo ello, con la finalidad de evitar una situación que exponga a los estudiantes y personal de las IE (y al resto de la comunidad) al riesgo de contagio y propagación del COVID-19.

Esta norma ha de concordarse con la ya citada antes, que había declarado la cuarentena el día 15 de marzo y hasta por 15 días calendario;<sup>74</sup> es decir, el MINEDU tenía como horizonte temporal esta última fecha. Pero, en la medida en que por D.S N° 051-2020-PCM se prorrogó el estado de emergencia nacional declarado mediante D.S N° 044-2020-PCM y que fue precisado por los D.S. N° 045-2020-PCM y N° 046-2020-PCM, por el término de trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020, el MINEDU emite una nueva norma, la R.M. N° 160-2020-MINEDU (1 de abril de 2020).

*En esta resolución se dispone que la prestación presencial del servicio educativo a nivel nacional en las instituciones educativas públicas y de gestión privada, en el año 2020, se iniciaría el 4 de mayo de manera gradual, con base en las recomendaciones de las instancias correspondientes según el estado de avance de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19. Esto no se cumplió, pues la cuarentena se mantuvo.*

*De tal modo, las IE continuaban impedidas por ley de prestar el servicio de manera presencial, es decir, por fuerza mayor, y el MINEDU auguraba una próxima normalización de actividades presenciales (sobre esto ya hemos recalado: se mantiene la causa oficialmente hasta septiembre de 2020, y extraoficialmente hasta diciembre, es decir, por todo el plazo del contrato de servicios educativos en un colegio; y lo mismo se podría señalar respecto a las IE de educación superior).*

Es importantísimo destacar que *ya en esa fecha (1.4.2020) el MINEDU autorizó expresamente a las instituciones educativas de gestión privada de educación básica para que pueden prestar el servicio educativo a distancia hasta antes del 4 de mayo de 2020, fecha a partir de la cual se suponía se iniciaría o se retomaría de manera gradual la prestación presencial del servicio educativo (lo que, insistimos, no su-*

---

73 Distinta posición asomaría en otro tipo de contratos y/o previsiones propias de ellos.

74 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

cedió, y es remoto que suceda). Ello a su vez supuso un cambio normativo en lo que a suspensión de servicios atañe, y, por tanto, la validación de la prestación del servicio de manera efectiva bajo una nueva modalidad (a distancia), como eficaz y oponible respecto a los usuarios.

Esto *constituyó una autorización expresa para cambio de modalidad de prestación del servicio*, y, además, *no obligaba a ello, sino que facultó a la prestación del servicio de esa manera*. Lo mismo, queda claro que los padres o apoderados podían dar por concluida la relación jurídica ante los cambios de plazo y modo,<sup>75</sup> derecho que conservaron.

Aquí podemos encontrar, lamentablemente, algunas graves omisiones de parte del legislador, porque el MINEDU conocía perfectamente que el servicio se inició en muchos colegios el día 3 de marzo (primer lunes de dicho mes), antes de la causa no imputable (leyes de la pandemia) y que al 4 de mayo suponía ya dos meses de atraso (para el caso de quienes adoptaran la suspensión) casi irrecuperables desde la óptica del educando, aunado además a un problema económico, financiero y social ya descrito antes; y es que los colegios privados se autofinancian básica y únicamente con el pago de cuotas privadas, y el Estado no cumple —para variar y como lo ha puesto de manifiesto dos veces el TC— con los mandatos constitucionales en materia educativa, en este caso, de subvencionar a los padres de familia que no puedan sufragar la educación de sus hijos, que además son pagadores de impuestos y, en consecuencia, sostenedores de la educación pública, respecto de lo cual no reciben ningún crédito.<sup>76,77</sup>

Del mismo modo, la norma debió reconocer y apreciar el esfuerzo efectuado de manera anticipada por los particulares para adaptarse a la situación<sup>78</sup> (muchos lo hicieron muy rápidamente, otros ya tenían experiencia previa); ello sin perjuicio de que las medidas de mitigación que se puedan haber adoptado están sujetas siempre, al tratarse del servicio público de educación, a la autorización pública, en lo que la diligencia se diluye en la formalidad. Hoy, a mediados de junio de 2020, es un hecho incontrovertible que el presente año escolar en el Perú no se

75 CC: «Artículo 1148º.- Plazo y modo de ejecución del hecho.

El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso».

76 La cuestión es por demás preocupante, ya que es conocido que muchas instituciones educativas públicas no han iniciado el año académico, y cuyos estudiantes han perdido ya, desde marzo, casi 100 días del año en sus aprendizajes, y la situación continúa. Es menester citar nuevamente al TC cuando se refería a la vulneración masiva de derechos por parte del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/minedu/noticias/148901-mas-universidades-publicas-inician-el-ano-academico-2020-en-modalidad-no-presencial>

Otra cuestión esencial es la pregunta obligada: desde el punto de vista de la IE privada, ¿no hay un deber de cumplimiento? Si se puede cumplir, aun con defecto, y hay interés, ¿debería hacerse? La mayoría de los padres y apoderados han estado de acuerdo, y las críticas han estado del lado del monto de las pensiones (ya sea por imposibilidad propia ajena al contrato, ya sea por mezquindad, las menos). Pero tal deber no aparece como tal en la legislación civil; tampoco en la regulación educativa.

77 Milton a Rose Freedman (1980), donde detallan y exponen su proyecto a base de vales para gastos a realizar en educación para párvulos.

78 Aun cuando la adaptación del contrato no está regulada de manera expresa, por tanto, difícilmente oponible, si bien para algunos inmersa dentro de la buena fe, para otros siguiendo *soft law*.

efectuará de manera presencial dada la magnitud del problema, del que no existen visos de amaine.

Aclara la norma, ya desde el punto de vista técnico, que el servicio educativo a distancia puede ser prestado siempre y cuando tales instituciones dispongan de las metodologías y herramientas apropiadas para dicho fin. Para ello, la institución educativa de gestión privada debía definir estrategias orientadas al cumplimiento de los objetivos del Currículo Nacional de Educación Básica. En tal cuenta, el MINEDU claramente no ha exigido un modelo único y preciso, lo que resultaría imposible dada la pluralidad de agentes económicos, sino uno apropiado, lo que es permisivo, y lo entrelaza con el cumplimiento de los objetivos del Currículo Nacional.

Dispone también que en su caso se adopte un plan de recuperación (conforme la RVM 079-2020-MINEDU, ya citada), y que este se presente a los usuarios del servicio educativo, así como a la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) competente.

Dos días después se emite la RVM N° 090-2020-MINEDU (3 de abril de 2020), que aprueba la norma técnica denominada «Disposiciones para la prestación del servicio de educación básica a cargo de instituciones educativas de gestión privada, en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19»;<sup>79</sup> cuyo anexo tiene 11 páginas, y, de ellas, solo 6 con disposiciones.

Esta norma, curiosamente, hace lo que ni la LGE ni su reglamento refieren (y ninguna norma previa), y define el servicio educativo, calificándolo como «el conjunto de actividades educativas y de gestión diseñadas y organizadas, en función del nivel o ciclo de la Educación Básica Regular, Especial o Alternativa, para lograr un objetivo predeterminado de aprendizaje a lo largo de un periodo, de acuerdo a las disposiciones y orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional».<sup>80</sup> (*sic*)

Esta es una definición en extremo importante, y de su contenido e interpretación, amplia o reducida, deberán determinarse las obligaciones consecuentes. Recuérdese que existe una prestación principal, que perfectamente puede encajar en la norma, y de ahí dilucidar si las conjuntivas, todas o parte de ellas, pueden hacerlo, que, en mi particular opinión, dada la pluralidad de ofertas, depende de cada situación concreta, lo que me obliga a criticar ya desde varios frentes la normativa expedida, esta vez sobre pago de pensiones, que en líneas adelante refiero.

---

79 Constituye una constante en el ideario normativo peruano asignar nombres caprichosos e inútilmente extensos a las leyes que deben por naturaleza evitar costos transaccionales.

80 El Proyecto Educativo Nacional es el marco estratégico para la formulación de las políticas, los planes, programas y proyectos educativos nacionales, regionales y locales, así como de los proyectos y planes de instituciones educativas, los cuales se diseñan y articulan para aportar al logro efectivo de sus objetivos estratégicos y resultados, poniendo en práctica las políticas allí planteadas en el contexto de cada realidad. Es evaluado anualmente en función del avance en el logro de sus objetivos y resultados en el ámbito nacional y regional. El producto de esa evaluación debe utilizarse para corregir y mejorar, de manera efectiva y oportuna, las políticas, los planes, programas y proyectos mencionados. Su elaboración, evaluación y actualización es responsabilidad del Ministerio de Educación, con participación del Consejo Nacional de Educación, a través del diálogo nacional con la ciudadanía, del consenso y de la concertación política (artículo 4° del Reglamento de la LGE).

Es importante destacar en este acápite que el Proyecto Educativo Nacional fue aprobado como Política de Estado por Resolución Suprema N° 001-2007-ED.<sup>81</sup>

Del mismo modo, la norma bajo comentario, de manera notable, da en definir el servicio educativo a distancia, e indica que se trata de una «*modalidad de estudio no presencial adoptada por la IE de gestión privada de manera excepcional en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19, a fin de lograr las competencias de acuerdo a la planificación curricular anual*» (sic).<sup>82</sup> Esto, muy claramente, responde a la obligación principal del servicio.

Señala además que: «En el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID 19, corresponde a las IE de gestión privada adaptar el Plan de Recuperación que hubiesen presentado a la UGEL competente en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2 de la RVM N° 079-2020-MINEDU».

Continúa la norma indicando *que a fin de garantizar la continuidad del servicio educativo, las IE de gestión privada pueden desarrollar estrategias para brindar servicio educativo a distancia, en tanto se inicien o retomen la prestación presencial del servicio educativo, de acuerdo con los aprendizajes programados por nivel, ciclo, grado y área curricular, comprendidos en su oferta autorizada, y siempre y cuando dispongan de las metodologías y herramientas apropiadas. Si la IE de gestión privada opta por esta estrategia, la debe incluir en el Plan de Recuperación y su adaptación, de corresponder.*

Sigue aquella regulando el contenido de la adaptación del Plan de Recuperación, sobre el que indica que debe contener, entre otros, la «Descripción de las estrategias para la prestación del servicio educativo a distancia y sus respectivas herramientas y metodologías, si la IE de gestión privada opta por esta opción».

---

81 <http://www.minedu.gob.pe/DeInteres/xtras/PEN-2021.pdf>

82 Y es notable, porque el Reglamento de la LGE ya define lo siguiente: «Artículo 20.- Educación a Distancia

Es una modalidad transversal, soporte de la educación permanente que complementa, refuerza o reemplaza la educación presencial y amplía la cobertura de la oferta educativa sin límites geográficos ni temporales. Emplea medios de comunicación, escritos y tecnológicos, para el acceso a la educación y tiene un sistema de tutoría que promueve, organiza, orienta, motiva y evalúa a los usuarios.

El Ministerio de Educación establece los lineamientos generales que regulan el funcionamiento, régimen académico y certificación de los estudios en la institución educativa pública y privada de Educación a Distancia. El período de duración de los estudios de Educación a Distancia no es menor al establecido para los grados de estudios correspondientes al régimen formal de los grados, ciclos, niveles, modalidades y formas de la educación, con excepción de la Educación Inicial. Estos servicios están sujetos a la acreditación de las instituciones educativas que los imparten.

La supervisión de los servicios de Educación a Distancia, así como de la infraestructura, los recursos tecnológicos y las actividades educativas que se desarrollan a través de entornos virtuales de aprendizaje, estará a cargo de las instancias de gestión educativa descentralizada competentes».

Lo que a su vez también ya definía la LGE, «Artículo 27°.- La Educación a Distancia

La Educación a Distancia es una modalidad del Sistema Educativo caracterizada por la interacción simultánea o diferida entre los actores del proceso educativo, facilitada por medios tecnológicos que propician el aprendizaje autónomo. Es aplicable a todas las etapas del Sistema Educativo, de acuerdo con la normatividad en la materia.

Esta modalidad tiene como objetivo complementar, reforzar o reemplazar la educación presencial atendiendo las necesidades y requerimientos de las personas. Contribuye a ampliar la cobertura y las oportunidades de aprendizaje».

Y continúa: «Si la IE de gestión privada presenta el Plan de Recuperación o su adaptación, y este no se ajusta al contenido mínimo requerido, de acuerdo a lo descrito anteriormente, y a las disposiciones y orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional, la UGEL le otorga un plazo de hasta tres (3) días calendario para la subsanación. Posterior a ello, la UGEL informa a través del medio disponible, la conformidad o no de la presentación del Plan de Recuperación o su adaptación».

Esto ha de entenderse como de competencia del ente rector (MINEDU), que manifiesta de manera válida, eficaz y vinculante la prestación del servicio no presencial como modalidad oficial, y que implica el cumplimiento de la obligación (principal) por parte del colegio. Por supuesto, esto será así cuando el acreedor decida a su vez aceptar ello, teniendo a la vista como remedio: (i) la extinción de la relación jurídica, o (ii) la adaptación del contrato a las circunstancias,<sup>83</sup> como ha sido regulado expresamente. Esto, veremos, se ratifica a su vez con las medidas que dispone el D. Leg. N° 1476, de mayo de 2020, que a su vez pretende zanjar los reclamos por la rebaja de las prestaciones a cargo de los usuarios de los servicios educativos.

Del mismo modo, regula las consideraciones para la elaboración del Plan de Recuperación y su adaptación. Entre ellas se indica que «los tiempos y las actividades previstas en los planes de recuperación a distancia no son equivalentes a una jornada presencial, son medios diferentes que tienen tiempos y características particulares». Obviamente, hace distancia entre lo que se debe esperar, la equiparación de las modalidades, y pretende morigerar las expectativas de los usuarios.

Continúa señalando que *«la IE de gestión privada es responsable de asegurar que el servicio educativo a distancia mantenga el enfoque orientado a competencias que establecen las disposiciones u orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional, e incluya mecanismos de retroalimentación a los estudiantes, considerando las condiciones objetivas que supone la emergencia sanitaria»*.

También indica, y como no puede ser de otro modo, que la IE de gestión privada difunde y comunica la adaptación del Plan de Recuperación, según corresponda, a los usuarios del servicio educativo y lo reporta a la UGEL.

Del mismo modo, señala que: «Las UGEL supervisan, a través de los medios pertinentes, la prestación del servicio educativo a distancia a cargo de IE de gestión privada, en tanto se inicien o retomen las clases presenciales. Para tal efecto, puede requerir a la IE de gestión privada información y/o documentación, solicitar información a otras entidades, o realizar cualquier otra actuación que estime necesaria».

Las UGEL deben, entre otros, «Brindar asistencia técnica a las IE de gestión privada de su ámbito de competencia territorial, en temas vinculados a la presentación de los Planes de Recuperación o su adaptación», e «informar a INDECOPI<sup>84</sup> sobre

---

83 Obviamente, aquello de «la adaptación a las circunstancias» debe entenderse dentro del cuadro regulatorio sectorial explicitado, y no desde el punto de vista único de la legislación civil contractual, que no atiende dichas razones, salvo que hagamos referencia a instrumentos de *soft law*.

84 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)



el incumplimiento de las IE de gestión privada en la presentación de sus Planes de Recuperación en el plazo establecido, así como de la comunicación cursada a los usuarios del servicio educativo».

El MINEDU, hasta la fecha señalada, a pesar de validar la educación a distancia, aún se basaba en proyecciones inciertas, o distribuía un mensaje distractor, ya que parecía prever que el servicio podía regresar a la modalidad presencial, lo que hoy es utópico, tal como lo era entonces.

Luego de ello, y ante la vigencia del estado de emergencia sanitaria y la prórroga de la cuarentena, se emite la RVM N° 00093-2020-MINEDU (25 de abril de 2020), que, en su artículo primero, aprueba el documento normativo denominado «Orientaciones pedagógicas para el servicio educativo de Educación Básica durante el año 2020 en el marco de la emergencia sanitaria por el Coronavirus COVID-19», y que, como anexo, forma parte de dicha resolución.

En ese anexo se define la numerosamente implicada «Adaptación» como un «ajuste de la propuesta educativa para responder pertinente y oportunamente a las diversas características y necesidades educativas de los estudiantes», es decir, la ya regulada adaptación del contrato de prestación de servicios educativos, que llama «propuesta».

Lo mismo, nuevamente define «la educación a distancia o educación no presencial» (esta sería la cuarta vez que la regulación educativa lo hace), como «aquella en la cual el estudiante no comparte el mismo espacio físico con sus pares y docentes, por tanto, la enseñanza se realiza a través de medios de comunicación escritos y tecnológicos, donde el estudiante consulta las fuentes de modo autónomo, a fin de adquirir los conocimientos, competencias y actitudes, que estima válidos para su progreso y formación».

Es muy importante notar que refiere a que *el nuevo periodo de reprogramación del periodo lectivo deberá ser considerado hasta el 22 de diciembre de 2020*. Incluye, pues, la vigencia completa del contrato. Incluso se indica que «este periodo *podría extenderse si se considera necesario, por situaciones debidamente justificadas*<sup>85</sup> como en el caso de los estudiantes que presentan limitaciones de conectividad en el ámbito rural; o de los estudiantes de 5to grado de secundaria o 4to grado del ciclo avanzado de la EBA, por ser el último año de estudios en la educación básica y tener la necesidad de asegurar ciertas competencias claves para su trayectoria posterior» (cursivas nuestras).

Esta norma ratifica lo expuesto antes, en la medida en que el MINEDU valida la modalidad (forma) de prestación de servicio a distancia, por la presencial, *ergo*, la adaptación contractual.

Es importante rescatar que señala: «La atención educativa en el estado de emergencia sanitaria no puede adoptar la misma forma de los periodos regulares. Nos encontramos frente a una coyuntura particular imprevista y, por lo tanto, la respuesta educativa también es especial. No se pretende reproducir los modos del trabajo edu-

(<https://www.indecopi.gob.pe/en/indecopi>), aunque la referencia está estrictamente encaminada a una de sus oficinas, cual es la Comisión de Protección al Consumidor.

85 En ello cabe lo excepcional, dentro de lo ya excepcional.

cativo presencial. El Ministerio de Educación está tratando de responder de la mejor manera posible a esta situación, y todas las propuestas están en proceso de mejora continua». Esto, en lo que parece un llamado de atención al espectador común.

De la misma manera, destaca que no se espera desarrollar todas las competencias previstas para el año (lo que ratifica la duración del contrato y la relevancia que el factor temporal tiene en estas lides), por lo cual, detalla, es importante recordar la noción de ciclo que establece el Currículo Nacional, «lo que permite seguir desarrollando el año siguiente las competencias que este año no se hayan consolidado».

La atención educativa presencial, señala el MINEDU, dependerá de la evolución de la pandemia y de las medidas que se tomen para contrarrestarla. Y, al retomar la atención educativa presencial, refiere, la modalidad a distancia se mantendrá de manera complementaria y los docentes deberán continuar con el seguimiento y retroalimentación de sus estudiantes. Concluye apuntando que se emitirán disposiciones complementarias para la articulación de estas dos modalidades. En realidad, hay una sobre-regulación, que debería tender a consolidarse y simplificarse en no más de dos textos.

Posteriormente, por RVM N° 094-2020-MINEDU (28 de abril de 2020) se deroga la norma técnica denominada «Disposiciones que orientan el proceso de evaluación de los aprendizajes de los estudiantes de las instituciones y programas educativos de la Educación Básica», aprobada por el artículo 4 de la RVM N° 025-2019-MINEDU (que no preveía el escenario actual), y se derogan los numerales 5.12, 5.13 y 5.14 del artículo 5° de la Directiva N° 004-VMGP-2005, denominada «Evaluación de los aprendizajes de los estudiantes en la Educación Básica Regular», aprobada por la R.M. N° 0234-2005-ED.

Esta misma resolución aprueba el documento normativo denominado «Norma que regula la Evaluación de las Competencias de los Estudiantes de la Educación Básica», que a su vez se adapta a las circunstancias.

Finalmente, el regulador, mediante R.M N° 184-2020-MINEDU (4 de mayo de 2020), dispuso que el inicio de la prestación presencial del servicio educativo a nivel nacional en los colegios se encontraría suspendido mientras esté vigente el estado de emergencia nacional y la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19, y hasta que se disponga dicho inicio con base en las disposiciones y recomendaciones de las instancias correspondientes, según el estado de avance de la emergencia sanitaria. De lo que se deduce que no será, oficialmente y en el mejor de los casos (muy remoto), como ya hemos advertido, antes de la segunda semana de septiembre del año 2020.

Finalmente, y en el contexto de reclamos públicos por parte de un sector de la población para que principalmente los colegios bajen el monto de las cuotas de pago por el servicio ante la nueva modalidad no presencial, al día siguiente, 5 de mayo, se promulga el D. Leg. 1476, en el que se dispone que las IE privadas informen sobre las prestaciones que brindaban de manera presencial y cuáles de estas ya son brindadas de manera no presencial; ello respecto del servicio educativo ofrecido en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, y así los usuarios puedan realizar una elección adecuada sobre permanecer o no en la institución educativa privada durante dicho período.



Esta norma es la única que reconoce expresamente que el servicio puede implicar prestaciones diferenciadas, la principal y las conjuntivas, como desarrollamos líneas atrás, cuando nos referimos al contrato de prestación de servicios y sus características.

En este sentido, se dispuso que las IE privadas informen sobre el costo de cada una de las prestaciones incluidas en el pago de la cuota de matrícula y de las pensiones, desagregando aquellos conceptos que pueden ser brindados de manera no presencial y aquellos que no lo fueran, con la finalidad, según la ley, de «apreciar los costos fijos y variables que se reducen o en los que no incurrir debido a la aplicación de la modalidad no presencial y, de ser el caso, los nuevos costos, fijos y/o variables, que ya se han generado o se generan en virtud de la prestación del servicio educativo no presencial».

Así se indica que estas «no pueden cobrar por las prestaciones que se han dejado de brindar producto de la emergencia sanitaria por el COVID-19, así como tampoco por nuevos conceptos que no se encuentren vinculados con la prestación del servicio educativo no presencial».

Es muy importante recalcar en que incide para que: «Los/as usuarios/as y las instituciones educativas privadas se encuentran facultados para, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, evaluar y negociar la modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo considerando las prestaciones que se brindan de manera efectiva», y que «las instituciones educativas privadas que brinden el servicio no presencial en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, comunican a sus usuarios/as, [...] la existencia o no de una propuesta de modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo».

En tal caso, el usuario podría no encontrarse de acuerdo con la propuesta de modificación del contrato y/o del documento que detallara las condiciones de prestación del servicio educativo, o no recibirlo; o si la institución educativa privada les informara que no cuenta con esta, podrían resolver el contrato y/o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo; o sujetarse a las nuevas condiciones planteadas por la institución educativa privada respecto del servicio educativo. Ello sin perjuicio de que, de considerarlo, acuda a las instancias administrativas y judiciales correspondientes con la finalidad de que se evalúen en su seno las condiciones contractuales aplicadas por la institución educativa privada. Y se pronuncia sobre la contraprestación cuando señala que las instituciones educativas privadas que no brinden la prestación no presencial del servicio educativo no pueden exigir el pago de la pensión.

En resumen, obliga a informar las prestaciones que son brindadas bajo la modalidad no presencial, y también aquellas que no se verifican y eran consistentes con la educación presencial, a efectos de que los usuarios opten por permanecer o no en la IE. La información que se brinde, se entiende, sustenta de por sí la modificación contractual o del documento que detalla la prestación.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Esto es interesante en la medida en que la ley es consistente en no reconocer específicamente una relación contractual o la suscripción de un contrato de servicios, porque la LGE no lo regula expresa-

En tal caso, las IE no podrían cobrar por las prestaciones que se habrían dejado de brindar, pero sí por nuevos conceptos vinculados a la prestación no presencial. En tal escenario, ambas partes se encontrarían facultadas para evaluar y negociar una modificación contractual, considerando el servicio efectivamente brindado.

Las IE comunican si existe una propuesta de modificación contractual, y los usuarios que no se encuentren de acuerdo con una modificatoria, en caso se exprese, o no la reciban, o que se les informe que no se cuenta con ella, podrían resolver el contrato o sujetarse a las nuevas condiciones.

Como señalé antes, esta norma debe concordarse principalmente con la RVM N° 090-2020-MINEDU, que definió el servicio educativo. En este sentido, la regulación ha sido imprecisa, pues en vez de ordenar el mercado, disponiendo el encuentro pacífico de contratantes, deviene conflictiva, impone mayores costos a los operadores, ha generado expectativas irreales en los usuarios y costos altísimos a la burocracia, no solo ante la exigencia de data que puede ser considerada sensible, sino ante enunciados normativos que señalan que si bien el usuario puede sujetarse a las condiciones planteadas por la IE, ello no perjudica su derecho a acudir a instancias administrativas y judiciales para que se evalúen las condiciones contractuales por la IE.<sup>87</sup>

Ello constituye un despropósito, no solo por las razones expuestas, sino porque debilita de manera innecesaria el sistema privado, que es largamente mejor que el público, además de imponer costos transaccionales que la normativa debería tender a disminuir, y, fundamentalmente, por abrir canales de conflicto legal, en vez de zanjar posiciones.

## **9. El contrato de educación como contrato de consumo**

Como se ha hecho referencia previa, el contrato de servicios de educación es también un contrato de consumo.

La ley respectiva, el CPDC, ordena de manera particular los servicios educativos en su título IV, sobre la protección del consumidor en productos o servicios específicos, capítulo tercero, «sobre productos o servicios educativos».

Si bien esta ley establece un criterio de idoneidad general, aplicable a todo tipo de bienes y servicios, la fórmula es distinta para el caso de la educación, pues esta se encuentra regulada de manera especial, en consonancia con sus características, como ya hemos establecido.

### **Artículo 73.- Idoneidad en productos y servicios educativos**

El proveedor de servicios educativos debe tener en consideración los lineamientos generales del proceso educativo en la educación básica, técnico-productiva y

---

mente ni lo hace una norma vigente (lo que desconoce la realidad de las cosas). Recordemos que la ley del año 2002, que obligó a transparentar las cuotas, generó la suscripción de un contrato, pero por iniciativa de los propios colegios, en aras de salvaguardar su responsabilidad administrativa en ello.

<sup>87</sup> Artículo 6 del D. Leg. 1476.

educación superior, asegurando la calidad de los servicios dentro de la normativa sobre la materia. (CPCD)

Entonces, la idoneidad del servicio educativo será aquella que se asimila a lo regulado por la autoridad (MINEDU), y su consecuencia es la concordancia que apreciamos en el CPDC. La idoneidad del artículo 73° está relacionada con la regulación sectorial. Esto es, respetando las disposiciones que contienen los lineamientos generales que debe cumplir todo proveedor de servicio educativo, emanadas de la autoridad educativa respectiva<sup>88</sup> (MINEDU o SUNEDU, según sea el caso).

Esto también es consecuencia de la aplicación del Principio de Especialidad, como lo ha reconocido correctamente la autoridad de competencia al señalar que la responsabilidad del proveedor educativo debe ser evaluada únicamente bajo el marco legal contenido en el artículo 73°.<sup>89</sup>

También resulta importante precisar que el artículo 73 citado refiere a los servicios prestados por instituciones educativas autorizadas a funcionar por el MINEDU y/o SUNEDU, y que prestan servicios educativos conforme a la regulación establecida por la LGE, y otorgan, entre otros, grados y títulos oficiales; este no es atinente a los servicios no oficiales, como tampoco a las academias de inglés y preuniversitarias, que en distinta instancia son reguladas por otros entes y no forman parte de las entidades sujetas a las reguladoras mencionadas.

En nuestra opinión, los elementos que identifican al servicio y vinculan obligatoriamente a la institución educativa, y que por tanto concluyen la idoneidad, son:

- (i) La oferta educativa (que responde a cada institución individualmente considerada)<sup>90</sup>; y,
- (ii) Las condiciones básicas de calidad (CBC), que se verifican ante el MINEDU o SUNEDU para obtener el licenciamiento (y que son en general transversales a todas las instituciones del mismo nivel). En estas condiciones se valida la modalidad de la prestación.
- (iii) Aquello señalado por la regulación sectorial que aplica de manera especial a la IE.

Nótese que nuestra definición es más amplia que la concebida en estricto por el artículo 73° y que se ha de concordar también con el artículo 74° del CPDC (que regula los derechos esenciales del usuario de este tipo de servicios).

---

88 Recuérdese por ejemplo lo anotado líneas atrás cuando la RVM N° 090-200-MINEDU señaló que: «a fin de garantizar la continuidad del servicio educativo, las IE de gestión privada pueden desarrollar estrategias para brindar servicios educativos a distancia, en tanto se inicien o retomen la prestación presencial del servicio educativo, de acuerdo a los aprendizajes programados por nivel, ciclo, grado y área curricular, comprendidos en su oferta autorizada, y siempre y cuando dispongan de las metodologías y herramientas apropiadas»; y que la educación no presencial, por ejemplo, sirve «a fin de lograr las competencias de acuerdo a la planificación curricular anual».

89 Resolución N°. 098-2019 SPC Indecopi, F. 49

90 Que en teoría contiene las obligaciones previstas, prestación principal y conjuntivas.

En relación con la calidad (distinta a la idoneidad) de los servicios educativos, parece atinente también mencionar qué es lo que entiende la ley especial por ello para este tipo de servicios, a efectos de poder exigir a su vez, en el ámbito administrativo y judicial, el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los prestadores de estos servicios.

Nuevamente acudimos a la LGE, que en su articulado define lo siguiente: «Artículo 13º.- Calidad de la educación. Es el nivel óptimo de formación que deben alcanzar las personas para enfrentar los retos del desarrollo humano, ejercer su ciudadanía y continuar aprendiendo durante toda la vida. [...]».<sup>91</sup>

Entonces, la calidad de los servicios debe ser tal que permita cumplir con el objetivo legalmente trazado. No obstante, debemos reconocer que se trata de conceptos altamente variables y poco precisos, casi como hablar del proyecto de vida, que guarda mucho de subjetividad.

El texto, que pretendería ser inclusivo, puede resultar contradictorio con mandatos constitucionales y el ejercicio de ciertas funciones civiles, algunas importantísimas.

Aún más: cuando repasamos el resto del artículo citado, verificamos que esta calidad no depende únicamente de los particulares y, más allá, viene informada por el Estado, que establece, por ejemplo, los lineamientos, los currículos básicos, entre otros.

El artículo incluso señala y precisa lo siguiente: «[...] Corresponde al Estado garantizar los factores de la calidad en las instituciones públicas. En las instituciones privadas los regula y supervisa».

La variable precio, por ejemplo, genera una expectativa de calidad, y en una economía social de mercado, eso parece probable, con salvedades (el precio es una variable sujeta en principio a los costos de producción y la competencia), y se tendrá que verificar cuándo es que los consumidores tienen información suficiente y actúan de manera razonable, que no comprende todos los casos.

---

91 LGE: «Artículo 13º.- Calidad de la educación

Es el nivel óptimo de formación que deben alcanzar las personas para enfrentar los retos del desarrollo humano, ejercer su ciudadanía y continuar aprendiendo durante toda la vida.

Los factores que interactúan para el logro de dicha calidad son:

- a) Lineamientos generales del proceso educativo en concordancia con los principios y fines de la educación peruana establecidos en la presente ley.
  - b) Currículos básicos, comunes a todo el país, articulados entre los diferentes niveles y modalidades educativas que deben ser diversificados en las instancias regionales y locales y en los centros educativos, para atender a las particularidades de cada ámbito.
  - c) Inversión mínima por alumno que comprenda la atención de salud, alimentación y provisión de materiales educativos.
  - d) Formación inicial y permanente que garantiza idoneidad de los docentes y autoridades educativas.
  - e) Carrera pública docente y administrativa en todos los niveles del sistema educativo, que incentive el desarrollo profesional y el buen desempeño laboral.
  - f) Infraestructura, equipamiento, servicios y materiales educativos adecuados a las exigencias técnico-pedagógicas de cada lugar y a las que plantea el mundo contemporáneo.
  - g) Investigación e innovación educativas.
  - h) Organización institucional y relaciones humanas armoniosas que favorecen el proceso educativo.
- Corresponde al Estado garantizar los factores de la calidad en las instituciones públicas. En las instituciones privadas los regula y supervisa».

Regresando sobre al caso de las instituciones educativas que ofrecen servicios educativos de academia de preparación de inglés, por ejemplo, estas pueden constituirse como asociaciones y ser reconocidas como centros culturales.

Se otorga el reconocimiento como asociaciones o centros culturales a las entidades privadas del país que ejecuten acciones de conocimiento, difusión, fomento, promoción, administración y/o patrocinio de quehaceres culturales estableciendo políticas, planes, programas y proyectos. Esto se hace a través del Ministerio de Cultura.

Las entidades culturales que cuentan con el reconocimiento del Ministerio de Cultura tienen el beneficio que les otorga el Decreto Supremo N° 075-97-EF, a través del cual se encuentran inafectas al impuesto general a las ventas (IGV).<sup>92</sup>

Estas últimas entidades (academias) no se encuentran supervisadas por el MINE-DU; por tanto, no se las considera dentro del espectro del artículo 73° del CPDC.

Finalmente, es necesario concluir, sobre este acápite, que no es esta (CPDC) la ley que pueda enmendar un conflicto de interés entre el usuario y la IE en lo que al pago previsto por monto de las cuotas se refiere, sino por la información que de ella provea.

## **10. Incumplimiento contractual en la prestación de servicios educativos y pandemia**

El día 6 de marzo de 2020, la Universidad de Washington se convirtió en la primera de las grandes universidades de Estados Unidos de América en cancelar sus clases presenciales.<sup>93</sup> Para mediados de ese mismo mes, muchas universidades a lo largo de dicho país habían seguido el mismo camino, suspendiendo sus servicios, o trasladándolos a la modalidad *online*, con miras a limitar el esparcimiento del virus COVID-19.

A la fecha, muchas *class actions* han sido interpuestas en dicho país en contra de distintas universidades, como *the Arizona Board of Regents*, *the University of Miami*, *Drexel University*, *Liberty University*, *Purdue University*, *Michigan State University* y *the Board of Regents of the University of Colorado*.

Si bien las demandas no son idénticas, la mayoría argumenta incumplimiento contractual, enriquecimiento indebido y daño intencional,<sup>94</sup> y solicitan el reembolso de pagos por los servicios (que en su caso incluyen, por ejemplo, alojamiento).

Resulta interesante que algunas de ellas, por ejemplo, las entabladas en la Corte Distrital del Estado de Carolina del Sur contra la *University of Miami* y la *Drexel*

---

92 Para la prestación de servicios culturales acorde con el objeto de cada institución cultural, definido en su estatuto; la transferencia de bienes usados, siempre que no constituyan operaciones habituales de dichas entidades; y la importación de material y equipo, excepto vehículos motorizados, destinado exclusivamente al cumplimiento de sus fines culturales.

93 <https://www.forbes.com/sites/evangerstmann/2020/03/06/university-of-washington-cancels-in-person-classes-is-it-an-over-reaction/#2744a84f2bf1>

94 *Conversion*, que ha de entenderse sobre una propiedad ajena, y dentro de lo que se conoce como responsabilidad objetiva.

*University*, se alega que procede el reembolso, ya que, a través de la admisión y el pago de la matrícula y la cuota respectiva, se debe entender que existe un contrato vinculante. Esto ha de entenderse en dicho contexto regulatorio, donde se entiende que la cuestión es propia de las leyes educativas (tal como lo hace el CPDC peruano, y ha puesto en peligro el D. Leg. 1476).

Por su parte, *Harvard University* fue el 20 de mayo pasado la última de las universidades del área de Boston sobre las que se entabló una *class action*. A esta universidad se le acusó de no haber brindado los servicios educativos, instalaciones, acceso y/u oportunidades que el demandante y la clase contrataron y pagaron en su oportunidad (las prestaciones conjuntivas que ya hemos detallado).

En tal sentido, se imputó a esta casa de estudios la falta de acceso a bibliotecas, laboratorios, facilidades deportivas, materiales, acceso a la facultad, interacción presencial con profesores, mentores y compañeros; formar parte del gobierno estudiantil y de otros grupos de estudiantes; imposibilidad de realizar actividades extracurriculares, entre ellas, las de arte y culturales. Lo mismo en torno al desarrollo de actividad social e independencia; aprendizaje práctico y experimentación; así como a oportunidades de trabajo y establecimiento de redes de contacto<sup>95</sup> y tutoría.<sup>96</sup>

Aquí en el Perú, hemos revisado cómo se desarrollan las actividades de las IE y cuáles son los servicios contratados.

En el caso de los colegios, por ejemplo, estos no pueden prestar hoy el servicio en la modalidad predispuesta y autorizada (educación presencial), dado que existe una causa sobrevenida y ajena<sup>97</sup> —por tanto, no imputable— que se los impide (las leyes de la pandemia promulgadas por el gobierno, y que ya hemos repasado, que declaran la emergencia, la cuarentena, y que disponen la no ejecución).

Hay entonces una imposibilidad jurídica (legal) objetiva<sup>98</sup> sobrevenida,<sup>99</sup> pues se presenta de manera posterior a la contratación del servicio (que aparentemente era temporal o transitoria —la causa—, pero que hoy sabemos definitiva, ya que afectará todo el año 2020, y recuérdese que estos son contratos anuales), que en origen debían ser prestados de manera presencial.

Por tanto, no habría culpa en las partes por un incumplimiento determinado dentro de los cauces expuestos (obviamente, quien incumple en primera instancia es el colegio como prestador del servicio). Esta causa (ajena) exonera al deudor (colegio) de la prestación y de responsabilidad por tal incumplimiento, o por la ejecución

---

95 Sobre esto ya hemos recalado en otros trabajos publicados en el pasado, en referencia a los bienes intangibles que se ganan, persiguen y perciben en las instituciones no lucrativas, entre ellas, en las instituciones educativas, y que la doctrina del *common law* más entendida al respecto considera de difícil intercambio y gran aprecio, opinión que comparto (Hansmann, 1996).

96 [https://www.law360.com/commercialcontracts/articles/1275542/harvard-latest-to-be-hit-with-covid-19-tuition-suit?nl\\_pk=6da20c4d-6369-4aae-914c-f01c1d8afe73&utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=commercialcon](https://www.law360.com/commercialcontracts/articles/1275542/harvard-latest-to-be-hit-with-covid-19-tuition-suit?nl_pk=6da20c4d-6369-4aae-914c-f01c1d8afe73&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=commercialcon)

97 La ya especificada Fuerza Mayor.

98 Es ajena al deudor (colegio), quien no puede cumplir, pero no solo él, sino que cualquier otro sujeto en su posición tampoco podría ejecutar. Esto no debe confundirse con el propio incumplimiento, que es sustancialmente objetivo, es decir, verificable.

99 Lógicamente, referirnos a una distinta, la originaria, nos llevaría a prestar atención a los requisitos de validez del contrato, y a plantear la nulidad, situación que no se observa aquí.

parcial, tardía o defectuosa que hiciera, y también de los daños y perjuicios consecuentes que se pudieran haber irrogado.<sup>100</sup> Esto, salvo que se considere que el cambio de modalidad en la prestación del servicio no suponga, aun así, su cumplimiento defectuoso (entendido el servicio en estricto dentro del significado que le otorga la legislación educativa en la RVM N° 090-2020-MINEDU, que define el servicio *per se*, y por supuesto, haciendo una interpretación textual y limitada de esta).

No es menor entender que los contratos de servicios educativos funcionan como medios de asignación de riesgos, como ocurre con cualquier otro negocio jurídico de este tipo, y difícilmente podrían haber previsto la pandemia del COVID-19. De haberlo hecho (y contractualmente validada que estuviese la modificación de modalidad ante una circunstancia semejante), como instrumentos de adhesión, bien podría argumentarse, de haberse previsto la contingencia en el contrato, y según la propia concepción que al respecto tiene el TC peruano, dicha cláusula no hubiera sido contradicha, sería plenamente vinculante, y no existiría cuestionamiento válido alguno sobre ella, sin poderse argumentar incluso excesiva onerosidad de la prestación<sup>101</sup> (una solución absolutamente ajena a dicha condicionante, donde el escenario permite cumplir lo prometido en los términos originales acordados, solo que resulta muy difícil o muy costoso). Quizá debió ser esta la situación que debió el regulador ponderar antes de emitir el desafortunado D. Leg. 1476. Pero, como el riesgo no se ha previsto en el contrato, luego la ley ha de imponer la solución acorde con las desavenencias.

En la práctica, la generalidad de la población contrató un servicio presencial. Luego de ello, este devino imposible (bajo dicha modalidad) sin ninguna intervención de las partes. Esa imposibilidad afectó el plazo y modo de la prestación, como ya hemos explicado líneas atrás.

---

100 CC: «Artículo 1317º.- Responsabilidad del deudor por inejecución no imputable.

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».

101 Lo que en Italia, por ejemplo, se regula en el Codice Civile en el artículo 1467: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

Y en el Código Civil y Comercial argentino, como parte de la Imprevisión: «Artículo 1091.- Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia».



En teoría, la causa que imposibilita el cumplimiento lleva como consecuencia la extinción de la obligación.<sup>102</sup> Y esta se genera cuando la causa de la imposibilidad es definitiva. Esto se entiende perfectamente en tales condiciones, y por tanto se resuelve la relación jurídica.<sup>103</sup> En ese trance, un escenario así implicaría en principio que el colegio no se encuentre obligado a brindar el servicio (la legislación, recuerde, no obliga a la prestación del servicio con cambio de modalidad, solo lo faculta, bajo ciertos parámetros), y no se le podría exigir este al contratante, y a su vez el primero debería devolver al segundo lo que hubiere recibido, esto es, el pago por los servicios (que no prestó y no prestará), que aquí hubiese consistido en la matrícula y la primera cuota, ante la exigencia particular. Pero esta no fue la situación en el Perú, por lo menos *ab initio*.

En el caso peruano —ya hemos visto los antecedentes—, esto supuso la imposibilidad temporal para cumplir, y así fue como se instruyó en las normas de aplicación general (estado general de emergencia y cuarentena con plazo determinado), como en las sectoriales de educación (se suspende, y se reprograma hasta fecha próxima).<sup>104</sup> Y ante el supuesto de la temporalidad de la imposibilidad, la ley no admite la extinción inmediata de la obligación, por razones elementales de posibles intereses subsistentes.

Esto se verifica, de acuerdo con la norma civil, de la siguiente manera (siempre bajo la fuerza mayor): ante una causa temporal, el deudor puede dar por extinguida la obligación, ya sea porque de acuerdo con el título de la obligación o la naturaleza

---

102 CC: «Artículo 1316º.- Extinción de la obligación por causas no imputables al deudor.

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere»; y «Artículo 1156º.- Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes.

Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida».

103 Esto ha de aparecer como cuestión común en la legislación comparada.

Código Civil Italiano. «Artículo 1256º.- Imposibilidad definitiva e imposibilidad temporal.

La obligación se extingue cuando, por una causa no atribuible al deudor, el servicio se vuelve imposible. [...]». Código Civil Argentino: «Artículo 955º.- Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. [...]».

Código Civil Portugués: «Artículo 790. Imposibilidad objetiva.

1. La obligación se extingue cuando la prestación se vuelve imposible por razones no atribuibles al deudor. [...]».

104 Los plazos se encuentran claramente definidos por el calendario académico escolar y en el contrato de prestación de servicios, y son a los que se sujetan las pensiones de pago; y el modo ha de ser, entre otros, presencial (además de la determinación de personal docente, local educativo, ambientes del aula, entre otros).



de la prestación no se le pueda considerar obligado. Y el acreedor, por su parte, puede dar por extinguida la obligación si justificadamente: (i) pierde el interés, o (ii) esta ya no le sea útil.<sup>105</sup>

En consecuencia, y en primera instancia, de acuerdo con la cronología normativa detallada antes, los colegios modificaron el plazo (reprogramaron), pero no el modo (las actividades y formas seguían siendo las mismas). Conforme lo ya explicado, se deduce fácilmente que el modo no puede ser modificado sin permiso del MINEDU, pues lo contrario lo absolvería de valor legal.

Si alguna entidad habilitó y prestó en ese espacio un servicio a distancia, este era de su entera responsabilidad y costo, aun cuando se haya actuado razonablemente a efectos de mitigar daños, como también hemos relatado. Esto nos lleva a la diligencia debida, que no aparece como exigencia normativa contractual en la ley peruana para sortear los escollos (en fuerza mayor). Y aquí estoy haciendo una digresión, pues, si hay una imposibilidad con causa en fuerza mayor, el entendido es que no hay posibilidad de cumplir. Si decido unilateralmente cumplir bajo otra modalidad, y en este caso concreto (educación) en que las modalidades formativas se encuentran reguladas por ley y requieren de autorización expresa, y constituyen esencia de la prestación (su naturaleza, que en este caso era de hacer servicio presencial) ciertamente me apartaría injustificadamente y modificaría el modo de forma dramática.

En esto último, cuando el colegio pretende cumplir de manera distinta, y sin regulación permisiva, se modifica el modo, la calidad cambia, y se desvía de las líneas previstas en el negocio constitutivo de la obligación, ingresando en el terreno de la imperfección, y en consecuencia de la insatisfacción, lo que supondría, allí sí de manera nítida, un cumplimiento defectuoso (Díez-Picazo, 1996). Este defecto, también se ha propuesto, podría ocasionar perjuicio al acreedor. Es en este sentido que se regula el cumplimiento deficiente sin culpa, que faculta al acreedor para, entre otros, (i) considerar no ejecutada la prestación, o (ii) aceptarla, exigiendo la reducción de la contraprestación.<sup>106</sup>

105 Conforme al artículo 1316 del CC (ver cita 106).

Código Civil Italiano: «Artículo 1256. [...] Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, mientras esta persista, no es responsable de la demora en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad continúa hasta que, en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto, el deudor ya no pueda ser considerado obligado a prestar el servicio o el acreedor ya no tenga interés en él». Código Civil Argentino: «Artículo 956.- Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible».

Código Civil Portugués: «Artículo 792 (Imposibilidad temporal).

1. Si la imposibilidad es temporal, el deudor no es responsable de la demora en su cumplimiento.  
2. La imposibilidad solo se considera temporal mientras que, considerando el propósito de la obligación, se mantenga el interés del acreedor».

106 CC: «Artículo 1153º.- Cumplimiento deficiente sin culpa del deudor. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151º, incisos 2, 3 ó 4».

Y artículo 1151º: «Incumplimiento parcial, tardío o defectuoso con culpa del deudor. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

1. Las previstas en el artículo 1150º, incisos 1 ó 2.

Aquí, como hemos visto, la diligencia debida no tiene campo expreso en la ley, aunque sí cabe ser reconocida como tal como un esfuerzo en interés de los alumnos (pero no son ellos quienes deciden).<sup>107</sup>

Posteriormente, el órgano regulador (MINEDU) autorizó de manera transversal y general a modificar el modo, y ello implicó la prestación del servicio no presencial. Ahora sí, y bajo esta premisa, la IE brindaría un servicio de educación válido. El mismo regulador explicitó las condiciones para esta modalidad (no presencial) que incidiría sobre la prestación esencial o principal, esto es, el servicio de educación tal como fue definido posterior y tardíamente por la legislación.<sup>108</sup> Esto supondría una naturaleza distinta prestacional, donde las obligaciones conjuntivas propias de la educación presencial no serían exigibles. En ello, se supone que se cumple la obligación, pero en modo distinto. Y es que no es la misma obligación, sino que ha cambiado.

En tales circunstancias, los padres de familia podrían aceptar esta situación de manera pacífica, y los que no tuvieran interés en el servicio prestado de esa manera, podrían retirar a sus hijos de los colegios.

La legislación civil no contiene normas de renegociación<sup>109</sup> (ni revisión) contractual, por lo que las partes en principio no están obligadas a hacerlo y mal podría una de ellas citar a la otra con tal propósito de manera vinculante, salvo norma privada contractual. Sin embargo, la regulación educativa sí prevé estos medios hace bas-

---

2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere».

107 No encuentro atinente en este escenario el artículo 1760° del CC como parangón, por ejemplo, en el caso de la prestación de servicios educativos y el cumplimiento razonable de encargos, en lo que al apartamiento de instrucciones se refiere, por razones que se deducen fácilmente de lo ya explicado (servicio público, regulación, formalidad, especialidad, concesión, autorizaciones, etcétera). CC: «Artículo 1760°.- Límites de la prestación.

El que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo.

Empero, puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno».

108 Esto tampoco es común. Por ejemplo, la Ley de Educación de Noruega, *Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)*, establece el propósito de la capacitación, su contenido y su temporalidad. En Argentina se han producido varios estudios sobre responsabilidad y las obligaciones de seguridad, pero muy poco sobre el servicio *per se*. En España parecen también tener interés en la materia. De otro lado, la Corte Suprema americana no se mete en el tema porque entiende que no es estrictamente civil contractual, sino regulatorio.

109 Sustentada normalmente en la autonomía de la voluntad y la buena fe, y más acordes con relaciones jurídicas de larga data. En este caso, la legislación peruana de educación la observa por la onerosidad y principio tuitivo de los intereses del educando, como hemos visto manifestarse en las normas que permiten a los colegios renegociar con los padres morosos, y la que recientemente se ha promulgado con motivo de la pandemia (D. Leg. 1476).

tante tiempo,<sup>110</sup> y ha añadido otros de manera reciente, como ya hemos relatado.<sup>111</sup>

Además, se ha de reconocer que en la mayor parte de los colegios los padres se encuentran organizados en APAFA (Asociaciones de Padres de Familia), lo que les ha permitido un acercamiento y contacto con las autoridades de aquellos. Estas organizaciones tienen en algunos casos incluso el poder de opinar sobre las pensiones, y, en otros, de fijarlas. En este sentido, padres y directivos han conversado y se han variado los montos de las cuotas de manera convencional.

Conforme hemos acotado, la regulación educativa dio en definir para estos efectos lo que se había de entender por servicio educativo, y ello, conforme la autorización de cambio de modalidad (a distancia, cuya definición sufrió intervención), proveyó de un marco legal apropiado para validar a esta última como suficiente en lo que a cumplimiento de la obligación se refiere, limitando ello básicamente al aprendizaje y adquisición de competencias. Esto también, en términos de la regulación sectorial, supuso una adaptación, cuestión que también se definió.

En términos llanos, hacia finales de abril del año 2020, quienes habían contratado con un colegio para la prestación del servicio de educación presencial, podían considerar, basados en la regulación vigente, que, si la IE había modificado la modalidad y venía ejecutando la prestación de manera no presencial, esta se encontraba autorizada para ello, y se había producido una adaptación del contrato por un cambio de circunstancias (cuestión que, reiteramos, no admite expresamente la legislación civil peruana) a efectos de dar continuidad al servicio. Aun así, no se puede obligar al padre de familia a aceptar ello, porque la posibilidad de resolver se mantiene.

De ahí que se haya promulgado el D. Leg. 1476 que pretendió resumir las posiciones, equilibrar, y permite optar por documentar y modificar por escrito el contrato (lo que no es obligatorio) y aceptar o no dicha modificación documental. Lo mismo, esta norma exige documentar el costo de las prestaciones y evidenciar nuevas inversiones, como costos operativos, con los problemas a los que conduce, que también hemos apuntado.

Ahora bien: la intervención posterior de la regulación en relaciones contractuales preestablecidas podría generar resistencia a la luz del artículo 62 de la CPP de

110 D.S. 005–2002-ED. «Artículo 23°.- Transcurridos dos meses en los cuales el padre de familia o el apoderado no hubiera cumplido con la cancelación total de las obligaciones a su cargo, el centro educativo puede citar a una reunión para dar tratamiento al problema, en la cual se podrá suscribir un acuerdo que establezca nuevos mecanismos de pago. De incumplirse dicho cronograma de pago o de no lograrse ningún entendimiento, el Centro Educativo estará facultado para suspender el servicio educativo».

111 D. Leg. 1476. «Artículo 6.1. [...] Los/as usuarios/as y las instituciones educativas privadas se encuentran facultados para, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, evaluar y negociar la modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo considerando las prestaciones que se brindan de manera efectiva» (*sic*).

1993,<sup>112</sup> que hace tensión con el 1355 del CC,<sup>113</sup> que algunos entienden derogado. La primera es una norma sin precedente en los textos constitucionales previos.<sup>114</sup> Del mismo modo, ha de tomarse en consideración el texto del artículo 103 de la CPP<sup>115</sup> y el artículo III del título preliminar del CC,<sup>116</sup> que en materia de vigencia de leyes confirma la tesis de los hechos cumplidos.

En este caso, la regulación de adaptación contractual (abril a mayo de 2020) fue emitida de manera posterior a la suscripción de los contratos o simple contratación del servicio (febrero a marzo de 2020).

Sobre ello, debo estar de acuerdo con quienes consideran que esta nueva regulación no solo es válida, sino que forma parte del orden público y se aplica de manera inmediata a las relaciones jurídicas estructuradas previamente dentro del territorio nacional.

Y ello no solo por las consideraciones generales que se han apuntado de manera juiciosa, explicando la eficiencia de tal concepto, sino también el tándem entre la norma constitucional y la civil. La educación como servicio bajo concesión del Estado cumple fines públicos, por tanto, admite, requiere y es necesaria la intervención regulatoria.<sup>117</sup>

---

112 CPP. «Artículo 62º.- Libertad de Contratar. Contrato Ley.

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

113 «Artículo 1355º.- Dirigismo contractual.

La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

114 Son 11 textos previos.

115 «Artículo 103º.- Leyes especiales, retroactividad benigna, derogación de leyes.

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

116 «Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo.

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».

117 Resulta evidente que estamos incidiendo sobre bienes y fines públicos, un servicio público que se encuentra concesionado, y que por tal se presta por intermedio de un tercero, pero que es política del Estado fijar su forma de prestación. Sobre las validaciones o no sobre cuestiones constitucionales, conviene revisar: Renzo Saavedra Velasco. <https://ius360.com/columnas/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>; también, Cárdenas Quirós (2000).

Es menester citar también al TC (Expediente N.º 0062000AI/TC):

«F. 2. El principio constitucional de la libertad de contratar plasmado en el artículo 62º de la Constitución parecería indicar que la Ley N.º 27308 sólo se aplica a los contratos celebrados durante su vigencia, y no a los que fueron celebrados con anterioridad. Sin embargo, este principio admite excepciones, entre otras, cuando se trata de contratos que derivan de concesiones otorgadas por el Estado respecto a bienes cuya conservación y desarrollo son de interés público.

F.4. La iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad de contratar en las que se apoyan los

## Referencias

Aguilar Broughton, Renato (1999). Economía y educación. Revista *Enfoques Educativos*, vol. 2, N.º 1. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile.

APICE. (1999). *El crédito educativo como inversión social permanente*. (1ª edición).

Brunner, José Joaquín, & Peña, Carlos (Editores). *El conflicto de las universidades: entre lo público y lo privado*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales

Cárdenas Quirós, Carlos (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. En *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra y Temis Editores.

Carlsson, Ola (2003). *Aspects of internal organization and privatization: profit vs. nonprofit in education and social service*. School of Economics and management, Lund University.

Carnoy, Martin, & De Moura, Claudio (1997). ¿Qué rumbo debe tomar el mejoramiento de la educación en América Latina? Banco Interamericano de Desarrollo Publicaciones.

De la Puente y Lavalle, Manuel (1993). *El contrato en general*. Tomo I. (2.ª edición). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Derek, H., Chen, C., & Dahlman, J. (2004) *Knowledge and development: a cross – section approach*. The World Bank Group. Working paper (N.º 3366).

---

demandantes tienen la limitación de las citadas obligaciones constitucionales del Estado cuando se refieren a bienes de propiedad del Estado otorgados por este en concesión o usufructo a uno de los contratantes.

F. 9. Por todo lo anterior, este Tribunal considera —como lo ha hecho en casos análogos— que la intangibilidad de los contratos de concesión protegida por el artículo 62º de la Constitución, el mismo que se interpreta en concordancia con los preceptos generales que la ley de la materia dispone, esto es, en el Título Preliminar V del Código Civil concordado con los artículos 1403º y 1404º del mismo cuerpo legal, no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que estos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, el cual, para el caso, se ve expresado en los fundamentos de las normas que se impugnan, las mismas que cumplen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad».

Y Expediente N° 00853-2015-PA/TC:

«F.8. la educación también se configura como un servicio público, en la medida de que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana (Expediente 04232-2004-PA/TC, fundamento 11).

F. 39. Las obligaciones de respetar consisten en la no obstaculización o impedimento por el Estado en el ejercicio del derecho a la educación. En virtud de las obligaciones de proteger el Estado debe impedir que terceros perjudiquen u obstaculicen tal ejercicio. En atención a las obligaciones de cumplir o facilitar, el Estado debe asegurar tal ejercicio cuando un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, ejercer el derecho con los recursos a su disposición. En ese sentido, el Estado debe tomar medidas eficaces y concretas orientadas al desarrollo de condiciones adecuadas la realización del derecho a la educación».

Díez-Picazo, Luis (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen 1: *Introducción teoría del contrato*. (4.<sup>a</sup> edición). Madrid: Ed. Civitas.

Díez-Picazo, Luis (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Volumen II. (2.<sup>a</sup> edición). Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, Luis, & Gullón, Antonio (1992). *Sistema de derecho civil*. Volumen 2. (6.<sup>a</sup> edición.) Madrid: Tecnos.

Dworkin, Ronald M. (1986). *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Fernández Baca, Jorge (s. f.). La Ley Antimonopolio: ¿por qué y cómo aplicarla? Revista *Themis*, 21. Lima.

Hansmann, Henry (1996). *The ownership of enterprise*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

House, Ernest R. (1998). *Schools for sale*. New York: Teacher College Press, Columbia University.

Meister, Jeanne C. (1998). *Corporate universities*. New York: McGraw-Hill.

Milton a Rose Freedman (1980). *Free to choose*. New York: Harcourt Bace Jovanovich, Inc.

Mönckeberg, María Olivia (2013). *Con fines de lucro*. Santiago de Chile: Debate.

Ochoa Cardich, César (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. En *Pensamiento Constitucional*, N.º 18, pp. 105-119. Lima.

Pérez Conesa, Carmen (1999). *El contrato a favor de tercero*. Granada: Comares.

PNUD (1998). *Educación, la agenda del siglo XXI*. (1.<sup>a</sup> edición). Bogotá: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo / TM Editores.

Readings, Bill (1996). *The university in ruins*. Harvard University Press.

Revista *Educación Superior y Sociedad*, volúmenes 8 (1997) y 9 (198), N.º 1.

Ruch, Richard S. (2001). *Higber Ed, Inc.* (1.<sup>a</sup> edición). The Johns Hopkins University Press.

Salazar Gallegos, Max (2002). La empresa educativa y los sujetos de derecho. *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N.º 33, enero-diciembre, pp. 102-122.

Salazar Gallegos, Max (2003). La acreditación universitaria. Globalización e internacionalización de la educación superior. En UNESCO, UNMSM & otros (Editores), *Hacia una nueva universidad en el Perú*. Compilación de ponencias.

Salazar Gallegos, Max (2005a). Régimen del profesorado. Derechos del educando. Promoción de la educación privada. Comentario al artículo 15º de la Constitución Política del Perú. En Congreso de la República del Perú y Gaceta Jurídica (Editores), *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo*. Tomo I.

Salazar Gallegos, Max (2005b). Sistema y régimen educativo. Comentario al artículo 16° de la Constitución Política del Perú. En Congreso de la República del Perú y Gaceta Jurídica (Editores), *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (pp. 469-474).

Salazar Gallegos, Max (2013). Regulación educativa y Tribunal Constitucional: cómo desarrollar un modelo ineficiente. *Gaceta Constitucional*, tomo 71, pp. 67-82. Lima: Gaceta Jurídica.

Slaughter, Sheila, & Leslie, Larry (1999). *Academic capitalism*. (1.ª edición). The Johns Hopkins University Press.

Sperling, John, & Tucker, Robert W. (2002). *For profit higher education*. New Brunswick: Transaction Publishers.

Varios autores (1995). *La universidad latinoamericana ante los nuevos escenarios de la región*. (1.ª edición). México: Universidad Iberoamericana A.C.

Varios autores (2003). El difícil equilibrio: la educación superior como bien público y comercio de servicios. Lima: Columbus.

Vergara Blanco, Alejandro (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N.º 12. Santiago de Chile.

Wolff, Laurence, & De Moura Castro, Claudio (s. f.). *Public or private education for Latin America?* Banco Interamericano de Desarrollo. Sustainable Development Department. Technical papers series.





**El impacto del COVID-19 en los arrendamientos  
de establecimientos comerciales:  
evaluación de la posición del arrendatario y  
alternativas legales de solución**

*Walter Vásquez Rebaza*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

La población mundial vive desde hace algunos meses una etapa de desconcierto sin precedentes contemporáneos. Un nuevo virus ha ocasionado que las naciones vengan librando una batalla sin cuartel contra enemigos invisibles al ojo humano, los cuales —alineados bajo la forma de una pandemia— están generando graves consecuencias para sus habitantes. En efecto, el COVID-19 y sus nefastas repercusiones amenazan, en primer lugar, la integridad física y la salud de los ciudadanos del mundo y, luego, las necesidades del tráfico económico-jurídico,<sup>1</sup> al punto que actualmente diversos sectores de la economía e industria vienen siendo gravemente impactados.

Una de las manifestaciones económicas más fácilmente apreciables de la pandemia recae en aquellos sectores cuyas actividades productivas se canalizan mediante la utilización de establecimientos comerciales ajenos. En efecto, en el escenario descrito, las medidas gubernamentales encaminadas a «aplanar la curva» de contagios con COVID-19 y evitar rebrotes (principalmente, el confinamiento de los ciudadanos en sus domicilios) han ocasionado la prohibición de la atención y acceso del público a dichos establecimientos, salvo para aquellos en los cuales se provean servicios o bienes esenciales.<sup>2</sup>

La vigencia de las referidas normas viene acarreando dificultades innegables para los inquilinos-empresarios respecto de la obtención de ingresos derivados de su actividad, los cuales representan una importante (si no la principal) fuente patrimonial con la cual aquellos honran las obligaciones que contraen (incluyendo el pago de las rentas a favor del titular del local). Ante esta situación, los arrendatarios han venido preguntándose si cuentan con algún tipo de amparo —bajo la forma de remedio legal— a su favor en el sistema contractual nacional.

Así, suelen ser lugares comunes las siguientes interrogantes:

---

1 En general, el COVID-19 afecta directamente el cumplimiento de ciertos negocios cuando el deudor o el acreedor ven comprometida su disposición material al ser infectados, o cuando el mercado reacciona sobre los precios y disponibilidad de insumos (Mejorada, 2020).

2 Nos referimos a los artículos 2 y 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM (decreto supremo que declara estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19), prorrogado y complementado por múltiples dispositivos.

- ¿La paralización mandatoria de aquellas actividades comerciales del inquilino asociadas a la utilización del establecimiento comercial alquilado genera algún tipo de remedio jurídico a su favor?
- De ser así, ¿podríamos hablar de suspensión temporal de sus obligaciones o descargo de pagar todo o parte de la renta? ¿Se trataría de un remedio de autotutela, o requeriría la interposición de un proceso judicial o arbitral?
- Por el contrario, ¿el arrendador tiene derecho a continuar exigiendo el íntegro de la renta en virtud del principio de fuerza vinculante del contrato, bajo pena de considerar la falta de pago como un incumplimiento imputable a su contraparte?
- En suma, ¿qué parte del contrato de arrendamiento debe asumir el riesgo de la disminución o pérdida total de la *utilizabilidad* comercial del establecimiento debido a las consecuencias de la pandemia de COVID-19?
- ¿Resultaría jurídicamente viable, exigible y/o conveniente dar inicio a un procedimiento de renegociación de los términos y condiciones del arrendamiento en este ámbito?

Con ello en mente, se revela indispensable la necesidad de responder las preguntas anteriormente planteadas, tarea a la que nos avocaremos a continuación. Para tal efecto, analizaremos tres potenciales derroteros que podrían orientar al intérprete: (i) la imposibilidad jurídica del cumplimiento de la obligación del mantenimiento en el uso del arrendador; (ii) la excesiva onerosidad de la prestación; y, (iii) la frustración de la causa concreta del arrendamiento. Ello con el propósito de concluir si alguno o más de uno de estos planteamientos resulta admisible bajo las normas que nos gobiernan.<sup>3</sup>

Esta tarea reviste aún mayor importancia si se aprecia que, al igual que ocurre en otros países de Sudamérica, en el Perú «el contrato de arrendamiento no ha sido el hijo favorito de la doctrina en el ámbito nacional. Las obras monográficas son escasas y no particularmente ambiciosas» (De la Maza & Ulloa, 2020).

## **2. Premisas fundamentales para analizar el impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales**

El análisis que nos convoca recae sobre un tema complejo y delicado, con una enorme cantidad de variables casuísticas que podrían influir en la respuesta legal a ser brindada. Consecuentemente, con el propósito de lograr resultados útiles para el intérprete, hemos optado por anticipar algunas premisas fundamentales que nos permitirán acotar el desarrollo de este trabajo. En caso alguno de estos puntos de partida se revele inexistente o divergente, naturalmente, las conclusiones de esta investigación podrían no resultar de aplicación.

---

<sup>3</sup> Actualmente, no existe certeza sobre las medidas de contención que se tomarán a corto, mediano y largo plazo.

a) *Premisa 1.* Se evaluará la situación de los arrendamientos de establecimiento comercial en marcha celebrados previo a la visibilidad de las medidas gubernamentales de contención del COVID-19.

El arrendamiento comercial puede ser definido como un contrato típico de duración<sup>4</sup> por el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente —y por períodos— la disponibilidad de la utilización de un inmueble a favor de un arrendatario-empresario, el cual empleará el bien como factor productivo para el despliegue de una actividad comercial. Como contrapartida por las atribuciones prometidas, el arrendatario se obliga a pagar una renta periódica en dinero.

Como se aprecia, el elemento característico de este subtipo de arrendamiento se encuentra dado porque «el local en el cual se desarrolla la actividad prevista en la destinación contractual adquiere relevancia económica preminente, en tanto precisamente el contacto con la clientela constituye el contenido esencial del ejercicio empresarial» (Mirabelli, 1972). A mayor detalle, en estas hipótesis el arrendatario, empleando el inmueble, efectúa la atención al público (en ocasiones con permanencia de este último en el local) y la organización *in situ* de su proceso productivo.

El arrendamiento de establecimientos comerciales se perfila como una modalidad transaccional útil en el mundo empresarial. Mientras, por un lado, le permite al arrendatario viabilizar su actividad productiva y percepción de ingresos sin necesidad de contar con la propiedad del establecimiento, por otro lado, posibilita al arrendador satisfacer necesidades lucrativas, que a la postre benefician a su entorno empresarial o familiar.

En este artículo nos referiremos única y exclusivamente a los arrendamientos de local comercial en marcha, esto es, a aquellos celebrados y con el inmueble puesto a disposición del inquilino con anterioridad a la visibilidad de las consecuencias y de la promulgación de las medidas de contención del contagio de COVID-19 en el territorio peruano. Desde luego, las conclusiones a las que arribamos no serían aplicables a contratos de arrendamiento celebrados ante la inminencia temporal o durante la vigencia de las medidas legales de contención de la pandemia.

b) *Premisa 2.* Se evaluarán arrendamientos de inmuebles cuya explotación comercial por el inquilino viene siendo efectivamente impactada por las medidas gubernamentales de contención del COVID-19.

Este artículo no abordará la posición del inquilino en arrendamientos para vivienda. Tampoco versará sobre arrendamientos comerciales que, desde su celebración, se hallaban destinados a la provisión de servicios o bienes esenciales, bajo la normativa aplicable. Tal sería el caso de los arrendamientos de locales donde funcionan farmacias, grifos o bancos. Si nos hallamos en alguna de estas hipótesis, los inquilinos

---

<sup>4</sup> En ese sentido, hay quien ha considerado que «el contrato de locación [*arrendamiento*], como contrato de duración, se encuentra fisiológicamente expuesto a vicisitudes que intervienen en el curso de la relación. Vicisitudes que pudiendo incidir en las prestaciones de cada una de las partes adquieren relevancia en el plano del sinalagma contractual» (Cuffaro, 2020) (*Corchetes agregados*).

linos-empresarios claramente se encuentran legitimados para seguir explotando íntegramente los locales durante el confinamiento mandatorio, por lo que no tendrán ninguna excusa contractual para honrar las obligaciones a su cargo, como el pago total de la renta.

Si bien es probable que tales arrendatarios vean también disminuir los flujos de ingresos proyectados, como veremos más adelante, esta situación —*per se*— integra la esfera de riesgos empresariales, que corren por cuenta del arrendatario.

c) *Premisa 3.* Se asumirá que el perfil de la actividad de las partes del arrendamiento corresponde a lo estándar en este tipo operaciones inmobiliarias.

Es menester describir brevemente el perfil de las partes que conforman el vínculo contractual arrendaticio que nos ocupa.

De un lado tenemos al arrendatario, quien es un empresario —esto es, una organización coordinada de factores productivos destinada al lucro (Vásquez, 2017)— que despliega su actividad habitual mediante la utilización del local comercial. Semejante actividad incluye la atención al público y la organización *in situ* de parte del proceso productivo en el establecimiento. De este modo, el análisis a ser efectuado se refiere principalmente a locales arrendados para fines de colegios, universidades, academias, cines, teatros, tiendas de venta de vehículos o electrodomésticos, museos, librerías, establecimientos deportivos, casinos, bares, gimnasios, discotecas y un largo etcétera. El panorama descrito toma como fecha de corte el momento de elaboración del presente artículo. Naturalmente, muchas de las actividades listadas serán legalmente permitidas en el corto plazo.

De otro lado tenemos al arrendador, cuya actividad no cuenta con una característica constante, pudiendo incluso ser una persona natural. A menudo, aquel agente económico es también el propietario del inmueble materia de alquiler; sin embargo, nada impide que aquel cuente con un título jurídico distinto que le atribuya legitimidad para celebrar locaciones. En tal sentido, bien podría ser arrendador un concesionario, un superficiario, un usufructuario o incluso un arrendatario, siempre que se encuentre contractualmente autorizado para tales fines. El arrendador tiene interés en obtener las rentas periódicas pagadas por su contraparte, las cuales destinará a satisfacer sus necesidades lucrativas o propias de su entorno personal y familiar.

El conocimiento de la posición de ambas partes (en especial, de la del arrendador) resulta fundamental, en tanto permite esclarecer si las potenciales soluciones legales que se han de analizar se ajustan a un balance mínimo de intereses y expectativas razonables de los involucrados. Semejante evaluación se ofrece como indispensable, considerando que lidiamos con un evento no imputable a las partes. En ese sentido, si bien a algunos podría parecerles injusto colocar en el arrendatario (aun siendo un empresario) el 100 % del riesgo de imposibilidad de explotación del local comercial, igual o mayor injusticia podría producirse al colocar la totalidad de dicha contingencia en la contraparte (quien podría ser una persona natural que tiene como único patrimonio el bien arrendado). En otras palabras:

[...] si tomamos la perspectiva del arrendador cuya única fuente de ingresos es la renta que obtiene de su propiedad, pues también podemos entender que imponer legalmente una suspensión del pago de la renta como se ha defendido, puede ser injusto para el arrendador. No es una solución al problema, porque sencillamente estamos trasladando un problema de un sitio a otro. Aliviamos al arrendatario a costa de hundir al arrendador. Parece que se piensa que todos los arrendadores siempre son personas «pudientes» y hay gente que «vive de las rentas», es su fuente de ingresos y hay que respetarlo. (Cuenas, 2020)

Si bien podría acotarse que los arrendadores de locales comerciales a menudo son individuos con una solvencia mediano-alta, en tanto frecuentemente cuentan con un segundo inmueble para fines de vivienda, es innegable que —a diferencia del arrendatario— el arrendador no necesariamente cuenta con un perfil empresarial.

Por otra parte, se ha afirmado que si el legislador suspendiese normativamente el pago de las rentas, estaría atacando el derecho de la propiedad de determinados propietarios-arrendadores (Cuenas, 2020). Y es que semejante suspensión, acompañada de la desposesión del establecimiento (que permanece bajo el control fáctico del arrendatario), podría menoscabar el contenido económico del mencionado derecho fundamental. En tal contexto, sería necesario efectuar un meticuloso análisis de ponderación y legitimidad previo a aceptar normativamente la intrusión en el contenido tutelado de la propiedad.

*d) Premisa 4.* Se asumirá que los términos y condiciones del contrato de arrendamiento configurados por las partes no cuentan con ninguna cláusula relevante sobre el problema analizado.

Es menester recordar que la autonomía privada les permite a los individuos, a través de los términos y condiciones libremente configurados, asignar riesgos de eventos imputables y no imputables a aquellas, siempre que ello respete los parámetros mandatorios del ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, se ha dicho acertadamente que «por razones de seguridad jurídica, clave en el desarrollo económico, resulta imprescindible agotar los recursos de distribución del riesgo de cada contrato según su naturaleza y según la ley, de modo que para plantear la necesidad de una revisión de lo pactado pueda sostenerse que el riesgo sobrevenido que perjudica a una parte no debe quedar a su cargo» (Parra, citado por Albiñana, 2018).

En el caso que nos ocupa, por ejemplo, arrendador y arrendatario compartirían el riesgo de *disfrutabilidad* económica del establecimiento si se hubiese introducido una cláusula en virtud de la cual la renta —prestación favorable al arrendador— dependiese en su integridad (o en su mayor parte) de la magnitud de ingresos derivados de la actividad del inquilino en el local.

Empero, a partir de la observación de la praxis transaccional, estimamos que los pactos que introducen semejante asignación de riesgos no resultan mayoritarios en este tipo de operaciones inmobiliarias. A partir de tal constatación, este artículo asumirá que no existe regulación alguna en cada contrato específico para los impactos del COVID-19 o para situaciones generales capaces de englobar esos impactos.

Como consecuencia de esta premisa, resultará necesario desentrañar y acudir a la solución contenida en el ordenamiento jurídico peruano para dar solución a las controversias objeto de este artículo. Como se sabe, esta solución podría encontrarse tanto en la disciplina de los estatutos generales como en aquella propia de la regulación orgánica contenida en los contratos típicos. Y es que ambos estatutos cumplen un trascendental rol en la asignación de riesgos mediante normas supletorias e imperativas.

e) *Premisa 5.* Se asumirá que las medidas gubernamentales, que impiden la explotación comercial de los establecimientos (e, indirectamente, impactan en el cumplimiento de la obligación de mantenimiento en el uso), califican como eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

Las medidas gubernamentales implementadas para contener y prevenir el contagio de COVID-19 en nuestro país (principalmente, el confinamiento ciudadano obligatorio) son eventos cuya ocurrencia, magnitud y características normalmente cumplen con los requisitos de la fuerza mayor respecto a las partes de los contratos de arrendamiento (para ser más precisos, respecto a las obligaciones del arrendador). A saber, se trata de los siguientes requisitos concurrentes, consagrados por el artículo 1315 del Código Civil:

(i) *Extraordinariedad.* Debe tratarse de acontecimientos raros, esto es, fuera de todo orden estadístico o cíclico que se encuentre a disposición razonable de los contrayentes al momento de contraer la obligación.

Las normas de prevención y control del contagio con COVID-19 que consagran medidas tan limítrofes como las enunciadas en el párrafo anterior son absolutamente infrecuentes y se deben a la magnitud, mortalidad y elevadísimo índice de contagio del COVID-19. Ello al margen de que no sea el único brote convertido en pandemia de las últimas décadas.

(ii) *Imprevisibilidad.* Previo a su surgimiento, las medidas gubernamentales no pudieron ser anticipadas al momento de obligarse ni siquiera por individuos diligentes y conservadores actuando —hipotéticamente— en la posición contractual de la parte relevante.<sup>5</sup>

Este requisito se verifica en la casuística analizada, salvo para aquellos arrendamientos celebrados en una temporalidad muy cercana al arribo del «paciente cero» a nuestro país. En tal oportunidad ya existía visibilidad de eventuales medidas gubernamentales considerando la situación de otros países en condiciones similares al Perú, esto es, que recibían flujo de visitantes provenientes de lugares con altos índices de individuos contagiados.

---

5 Este requisito reviste relevancia en tanto insta a las partes a invertir recursos en la identificación del riesgo previsible, con la finalidad de distribuirlo adecuadamente. En caso contrario, este riesgo será soportado por la parte en quien la ley *prima facie* lo coloque en función de la prestación impactada.



(iii) *Irresistibilidad*. Un evento irresistible es aquel cuya consecuencia (la cual veremos a continuación) no puede ser objetivamente repelida ni evitada por la parte contractual a la que le afecta.

Dado que las medidas tomadas por el Gobierno peruano para evitar el contagio de la población con el virus son normas de cumplimiento obligatorio, ningún arrendador o arrendatario puede evitar o repeler su aplicación en el territorio nacional. La conducta que canalice semejante resistencia será, naturalmente, ilegal e inexigible.

Ahora bien: para obtener relevancia jurídica tras la celebración válida de un contrato, el evento de fuerza mayor ha de proyectarse sobre alguna de las obligaciones de los contrayentes, ocasionando su imposibilidad sobreviniente (ya sea temporal o definitiva) parcial o total.<sup>6</sup>

En el caso de los arrendamientos comerciales, partiremos de la premisa según la cual las medidas estatales de control del COVID-19 (como evento de fuerza mayor) generan un impacto específico en la continuidad del goce del local alquilado. Aquel impacto presupone (como se sustentará más adelante) que la obligación de mantenimiento en el uso a cargo del arrendador se haya vuelto total o parcialmente imposible de manera sobreviniente. Ello ocurre dado que semejantes dispositivos normativos tienen una naturaleza imperativa y ocasionan que ningún arrendatario colocado en la posición del inquilino impactado pueda razonablemente disponer de todas o algunas de las funciones relevantes del local arrendado.

*f) Premisa 6.* Se asumirá que la ilegalidad temporal de la explotación del establecimiento ha afectado solo a algunas de las funciones económicamente valiosas asociadas al bien (las «Funciones Ilegales»), por lo que es legalmente admisible el aprovechamiento de otras funciones económicamente valiosas del local (las «Funciones Legales») durante cada período arrendaticio.

Esta premisa es probablemente la más importante de todas para efectos prácticos.

Como es universalmente conocido, los DS N° 044 y sus normas complementarias y modificatorias han tornado temporalmente ilegal que (entre otros agentes económicos) los inquilinos realicen ciertas actividades comerciales mediante la explotación de establecimientos tomados en locación. No obstante, esta afirmación merece ser apreciada con detenimiento, pues no es equiparable a afirmar que en todos los casos la funcionalidad del inmueble alquilado se ha vuelto en un cien por ciento ilícita tras la promulgación de los referidos dispositivos normativos.

La *utilizabilidad* de un establecimiento comercial (cuya puesta a disposición del acreedor supone el cumplimiento de la obligación de mantenimiento en el uso) implica que los resultados o funciones explícita o implícitamente prometidos por

---

<sup>6</sup> En nuestro país, normalmente la imposibilidad se evalúa en términos objetivos pero relativos, esto es, considerando que nadie puesto en la posición del deudor puede ejecutar la actividad en cuestión (Fernández, 2020).

el arrendador para la cosa se encuentren al alcance razonable del arrendatario;<sup>7</sup> y al no estarlo, por causa no imputable al inquilino, el arrendador deberá asumir consecuencias económicas adversas. Dicho de otra manera, la obligación de mantenimiento en el uso tiene como contenido la atribución de la factibilidad de aquellas utilidades del bien materia de arrendamiento que, bajo la común intención de las partes, resultan jurídicamente relevantes.

Con el propósito de ilustrar la afirmación efectuada, a continuación mencionaremos algunas cualidades y aptitudes con relevancia económica que, dependiendo del caso concreto, podrían integrar la *utilizabilidad* esperada por un inquilino respecto al inmueble comercial tomado en arrendamiento:

<b>Función relevante asociada al establecimiento materia de arrendamiento comercial</b>
Conservación de la posesión <i>stricto sensu</i> (control fáctico físico) del establecimiento.
Atención al público en el establecimiento para provisión directa del producto o servicio.
Atención al público en el establecimiento con permanencia de los clientes al interior del local.
Organización física en el establecimiento del trabajo.
Colocación de publicidad interna y externa.
Almacenamiento de bienes y equipamientos.
Soporte de equipos integrantes del proceso productivo.
Mantenimiento de áreas comunes.
Estacionamiento y almacenamiento.
Disponibilidad de servicios de conexión domiciliaria.
Obtención de rentas por subarrendamientos totales o parciales (siempre que estén permitidos).
Otras Funciones Legales residuales jurídicamente relevantes. <sup>8</sup>

7 Como veremos posteriormente, una vez producida la recepción de la cosa, el mantenimiento en el uso se comporta operativamente de la misma forma que lo haría un contrato *take or pay*. En efecto, el arrendador ejecutará su prestación poniendo a disposición del inquilino todos los componentes del destino contractual del bien; siendo jurídicamente indiferente que su contraparte haga efectivo aprovechamiento de aquellos. Así mismo, el arrendador podría estar a cargo de obligaciones efectivas ulteriores a la puesta en disposición del uso, tales como la reparación de desperfectos a su cargo.

8 El conjunto de aptitudes prometidas por el arrendador respecto al bien materia de arrendamiento es uno de los componentes que integra la causa concreta del contrato de arrendamiento, como se verá posteriormente. Empero, cabe precisar que dentro de la causa (como síntesis funcional) no se encuentra el aseguramiento de la efectiva marcha del proceso productivo del inquilino, ni su éxito ni

El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales:  
 evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución

Los DS N° 044 y sus modificatorias convirtieron en ilegales algunas de las funciones cotidianamente desplegadas por los inquilinos —mediante sus inmuebles arrendados— respecto a cada período individualmente considerado de arrendamiento (en adelante, las «Funciones Ilegales»). Para mayor detalle, los dispositivos normativos citados tornaron ilícitas las Funciones consistentes en la atención al público, la permanencia de los clientes en el recinto y la organización física (*in situ*) de una parte del proceso productivo.

Pero, aun frente a esta realidad, los inquilinos pueden efectivamente seguir desplegando otras utilidades económicamente valiosas mediante el empleo del establecimiento tomado en alquiler. En efecto, actualmente diversos locales comerciales aún resultan aptos para que el inquilino los destine a fines económicamente apreciables (en adelante, las «Funciones Legales»).

A continuación, listamos lo que consideramos las Funciones Ilegales y Legales más frecuentes en los arrendamientos de local comercial:

<b>Función relevante asociada al establecimiento materia de arrendamiento comercial</b>	
Atención al público para provisión directa del producto o servicio en el establecimiento.  Permanencia del público en el local para el consumo de bienes o servicios.  Organización física en el establecimiento del trabajo.	Funciones Ilegales
Conservación de la posesión <i>stricto sensu</i> (control fáctico físico) del establecimiento.  Colocación de publicidad interna y externa.  Almacenamiento de bienes y equipamientos.  Soporte de equipos integrantes del proceso productivo.  Mantenimiento de áreas comunes.  Estacionamiento y almacenamiento.  Disponibilidad de servicios de conexión domiciliaria.  Obtención de rentas por subarrendamientos totales o parciales (siempre que estén permitidos).  Otras Funciones Legales jurídicamente relevantes por ser económicamente valiosas.	Funciones Legales

la obtención de flujos razonables o ingentes por medio del inmueble. Pensar ello convertiría al arrendador en un socio de su contraparte o, peor aún, en un asegurador de su «mala suerte». El componente real de la causa concreta del arrendamiento es el interés del arrendatario en la disponibilidad de las utilidades prometidas explícita o implícitamente por el arrendador para el bien comercial.

Tras la promulgación de dispositivos como el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM<sup>9</sup> (en adelante, el «DS N° 080») se incrementó el número de Funciones Legales propias de establecimientos comerciales alquilados. Ello en la medida en que estas normas revirtieron parcialmente la ilicitud del empleo de ciertos locales y facultaron a los arrendatarios a explotarlos<sup>10</sup> (esto es, atender al público y organizar *in situ* su proceso productivo), entre otros, con el fin de realizar actividades de provisión de bienes y servicios al público; así como la entrega de productos a domicilio (*delivery*). El cuadro para este tipo de situaciones viene a ser el siguiente:

<b>Función relevante asociada al establecimiento materia de arrendamiento comercial para actividades legalmente habilitadas para realizar <i>delivery</i></b>	
Atención al público en el establecimiento con permanencia de los clientes al interior del local.	Funciones Ilegales
<p>Atención al público en el establecimiento solo para provisión directa de bienes o servicios.</p> <p>Organización física del trabajo en el establecimiento para venta de productos o entrega a domicilio (<i>delivery</i>) por terceros.</p> <p>Conservación de la posesión <i>stricto sensu</i> del establecimiento (control fáctico físico).</p> <p style="padding-left: 40px;">Colocación de publicidad interna y externa.</p> <p style="padding-left: 40px;">Almacenamiento de bienes y equipamientos.</p> <p style="padding-left: 40px;">Soporte de equipos integrantes del proceso productivo.</p> <p style="padding-left: 80px;">Mantenimiento de áreas comunes.</p> <p style="padding-left: 80px;">Estacionamiento y almacenamiento.</p> <p style="padding-left: 40px;">Disponibilidad de servicios de conexión domiciliaria.</p> <p>Obtención de rentas por subarrendamientos totales o parciales (siempre que estén permitidos).</p> <p style="padding-left: 40px;">Otras Funciones Legales jurídicamente relevantes por ser económicamente valiosas.</p>	Funciones Legales

9 Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del COVID-19.

10 Desde luego, dicha habilitación solo será viable si cuenta con los protocolos de vigilancia y de reanudación establecidos por la legislación aplicable, los cuales deben ser gestionados por el arrendatario.

De manera opuesta al panorama graficado en los dos últimos cuadros, es preciso resaltar que actualmente existen arrendamientos en los que las medidas gubernamentales de contención del COVID-19 (i) han vuelto ilegales a todas las Funciones del establecimiento comercial, o (ii) han ocasionado que las Funciones Legales del inmueble carezcan prácticamente de la totalidad de valor económico para cualquier agente económico razonable colocado en la posición del arrendatario.

Una ilustración de este último podría esclarecer el panorama. Ciertos arrendamientos de *stands* situados al interior de galerías comerciales incluyen, entre sus términos y condiciones, una obligación del locador consistente en brindar acceso al arrendatario a su propio local.<sup>11</sup> Este deber presupone que el titular del bien se encarga de gestionar la apertura o cierre de la unidad inmobiliaria que alberga el local, para permitir o no el ingreso del público. Si el arrendador (administrador del centro comercial) cierra sus puertas durante las 24 horas del día como consecuencia mandatoria de las medidas gubernamentales, se producirán dos efectos importantes. En primer lugar, aquel deudor o habrá incumplido —por un evento de fuerza mayor— con la totalidad de su obligación contractual de dar acceso al *stand*. En segundo lugar, dicho local, al haber sido fácticamente *secuestrado*, carecerá temporalmente de valor económico positivo para el inquilino.

En el caso descrito, desde el punto de vista económico, el mantenimiento de la vigencia del arrendamiento sobre el establecimiento le generará al inquilino-empresario un resultado neto negativo, lo cual fundamenta la ausencia de utilidad económica para el arrendatario. Y ello a pesar de que teóricamente el arrendador podría pretender alegar que el inmueble ha venido siendo aplicado a una función de depósito de la mercancía que se encuentra en su interior.

Si analizamos el plano del contrato de arrendamiento a la luz del ejemplo recién expuesto, identificaremos una hipótesis equiparable al incumplimiento total del arrendador (aunque no imputable a aquel) en su obligación consistente en mantener en el uso del activo a su contraparte. Ello en tanto si bien es materialmente ejecutable una Función del mantenimiento en el uso del activo (el depósito de mercadería depositada en el *stand*), este fragmento recaería en un supuesto de «inutilidad» (económica), asimilable a la imposibilidad total (Pagliantini, 2011).<sup>12</sup> De ello se deriva que, si las Funciones Legales del local comercial arrendado son económicamente insignificantes para un inquilino razonable, ello presupone un incumplimiento total del arrendador en la obligación de mantenimiento en el uso del inmueble arrendado.

En las hipótesis de incumplimiento total —real o *asimilado*— de la obligación de mantenimiento en el uso, el riesgo de la *utilizabilidad* del establecimiento por causa no imputable a las partes pesará sobre el titular del bien (arrendador). Tales escenarios podrían legitimar al arrendatario, aun a pesar de la inimputabilidad de su

---

11 Ello se justifica en tanto, sea de forma directa o indirecta, la arrendadora suele ser la encargada de administrar las áreas comunes y velar por la seguridad del total del perímetro del centro comercial.

12 Se trataría de un caso similar a aquel en el cual, siendo la prestación del arrendador «A» entregar una camioneta totalmente equipada al arrendatario «Z», solo entregue el neumático de repuesto y pretenda que ello constituye un cumplimiento parcial para evitar los remedios relacionados con el incumplimiento total. Desde luego, semejante pretensión sería inadmisibles.

contraparte, a activar remedios legales drásticos como la suspensión en el pago de la renta, bajo la aplicación de la teoría del riesgo.<sup>13</sup>

No obstante, debemos precisar que las situaciones recién descritas no serán materia de análisis en este trabajo. Ello se debe a que, según estimamos, las hipótesis de incumplimiento total —real o *asimilado*— de la obligación de mantenimiento son (i) las menos frecuentes en el mercado, a la luz de las disposiciones gubernamentales actualmente en vigor; y, (ii) aun cuando fuesen las más numerosas, aquellas gradualmente se disiparán con las medidas gubernamentales de reactivación de la economía que se vienen adoptando y con toda probabilidad se seguirá haciendo en el mediano y largo plazo.

g) *Premisa 7.* Se identificará, formulará y asignará, por separado, el riesgo de *utilizabilidad* del establecimiento y el riesgo empresarial asociado al empleo conveniente de factores productivos.

Sobre la base de la filosofía subyacente a la sexta edición del PMBOK, definiremos el riesgo como aquel evento (latente o sobrevenido) de ocurrencia incierta pero cuantificable o por lo menos estimable que, en caso de verificarse, genera un impacto (positivo o negativo) para una o ambas partes del contrato en por lo menos uno de los objetivos de un proyecto: costo, alcance, calidad o tiempo.

En la investigación que nos convoca, consideramos imprescindible operar una adecuada diferenciación, por un lado, del riesgo de *utilizabilidad* del establecimiento; y, por el otro, del riesgo empresarial asociado al resultado de la aplicación acertada de factores productivos colocados al alcance del inquilino-empresario.

El primero de los riesgos identificados puede ser formulado, con base en un esquema causa-consecuencia, de la siguiente manera: *si* la disponibilidad del empleo de alguna de las Funciones relevantes del local comercial decae o se torna imposible, *entonces* el arrendador asumirá primariamente el costo económico de dicha situación.<sup>14</sup> En efecto, si la causa que origina la materialización del riesgo de *utilizabilidad* no es imputable al inquilino (sea o no imputable al arrendador), ello ocasionará que el arrendatario tenga derecho a reasignar a su contraparte del costo económico ocasionado por el referido impacto. Los instrumentos legales para tal efecto serán la teoría del riesgo (en caso de ausencia de *utilizabilidad* total o parcial no imputable a las partes) y el resarcimiento de daños y perjuicios (en caso de arrendador).

El segundo de los riesgos (aquel empresarial) se asocia al resultado del empleo efectivo de los factores productivos que el arrendatario del local comercial tuvo a su disposición para convertirlos en ingresos. Este riesgo se puede formular de la

---

13 En efecto, la arrendataria podría evaluar emplear a su favor remedios jurídicos como la suspensión del pago de la renta y, en caso cumpla con los requisitos regulados en el artículo 1316 del Código Civil, la resolución del contrato.

14 Cabe hacer énfasis en que la causa de este riesgo se activa con la inviabilidad de utilización del bien por el inquilino, y no por el no uso efectivo de una aptitud posible de ser empleada.

siguiente forma: *si* el arrendatario cuenta con la posibilidad de emplear un factor productivo y decide no emplearlo o emplearlo de la forma más acertada posible, *entonces* el inquilino es el único que asumirá la consecuencia (beneficiosa o perjudicial) producida por su propia decisión. Dicho de otro modo: «lo que el establecimiento vende y cuánto vende no es interno a la estructura del sinalagma arrendaticio» (Carrasco, 2020), y es que «no es normal que los arrendamientos contengan disposiciones que hagan depender la renta de una explotación efectiva ni redituable ni exitosa de los bienes cedidos, menos todavía si el arrendador no tiene responsabilidad por ello».

En este escenario, el inquilino no podrá colocar sobre su contraparte el peso de la alternativa comercial elegida ni tampoco trasladar los resultados de decisiones vinculadas a la propia organización interna.<sup>15</sup>

Si bien *prima facie* podría parecer sencillo individualizar y asignar los riesgos identificados en este acápite, ello constituye en ocasiones una mera impresión. Así, por ejemplo, Pothier (1859) pone un ejemplo de manifestación de lo que nosotros hemos catalogado como riesgo de la *utilizabilidad*. «Si en el prado que Juan me arrendó para apacentar mis bueyes o carneros se crían malas yerbas que envenenan y matan al ganado que las paca, como este vicio impide enteramente el uso de tal prado, Juan será responsable de él».

En cambio, en el hipotético caso en que —en el ejemplo expuesto— la falta de calidad del pasto fuese visible y afectase solo a un área pequeña del prado, parece poder sustentarse exitosamente que el riesgo asociado a la buena o mala alimentación de sus propios animales pesa sobre el ganadero, en tanto su actividad empresarial engloba la custodia diligente de sus factores productivos.

Con todo, como se desarrollará más adelante, la explotación efectiva del local para el negocio programado por el arrendatario forma parte del riesgo empresarial, alojado en este último; mientras que la *utilizabilidad* del activo (asociada a la presencia de la universalidad de Funciones contractualmente prometidas por el arrendador), pesa generalmente sobre el arrendador.

*b) Premisa 8.* Se asumirá que las Funciones Legales del establecimiento aún pueden atribuir al arrendatario un valor económico apreciable y de obtención lícita, lo cual presupone la posibilidad y cumplimiento parcial de la obligación de mantenimiento en el uso a cargo del arrendador para cada período (individualmente considerado) de arrendamiento.

Las Funciones Legales remanentes de los establecimientos comerciales dados actualmente en arrendamiento tienden a resultar económicamente valiosas.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> En ese sentido, como se verá más adelante, la decisión o no de emplear la Función Legal del local que razonablemente habría podido tomar un agente económico en la posición del inquilino es una decisión de negocio, que depende de la capacidad adaptativa del empresario y, por ende, su contraparte contractual no debería participar en su adopción.

<sup>16</sup> Consideradas autónomamente (ya sea en un escenario pre o pospandémico), cada una de ellas podría haber sido objeto de un contrato distinto con una contraprestación específica. Con ello en mente,



A tales efectos, partiremos de definir al valor económico asociado a una Función Legal del activo como aquel valor obtenido por el inquilino, o potencialmente obtenible por un individuo colocado en la posición de aquel, a partir de la explotación lícita<sup>17</sup> del local materia de arrendamiento aun con posterioridad a las medidas gubernamentales de contención del COVID-19.

A nuestro parecer, que una Función Legal asociada al establecimiento arrendado permanezca como económicamente valiosa tras las normas relativas al COVID-19 podría darse por lo menos en los dos siguientes casos:

(i) Cuando las Funciones Legales han sido fácticamente empleadas por el inquilino para obtener provecho económico del inmueble, a pesar de que el inquilino se encontraba en capacidad razonable de no emplearlo durante el confinamiento obligatorio.

Tal sería el caso de los siguientes inquilinos:

- «W», inquilino de un local donde administraba un café, quien «reinventó» su negocio en marcha durante la cuarentena y cambió de giro hasta volverlo una suerte de *minimarket*, empleando el mismo espacio (y estando habilitado para tales efectos).
- «X», quien subarrendó parcialmente (estando habilitado para tales efectos) la integridad del estacionamiento del local a personal de una entidad pública que lo requería con urgencia, recibiendo una renta mucho más alta que las del promedio de playas de estacionamiento.
- «Y», quien había montado en el frontis del inmueble un panel publicitario que exponía propaganda de una marca de agua mineral por la que recibía interesantes ingresos.
- «Z», quien conservaba en el inmueble arrendado valiosos vehículos en exhibición, equipamientos e información confidencial bajo condiciones especiales.

---

es difícil negar que estas Funciones han influenciado en mayor o menor medida en la cuantificación de la renta a cargo del inquilino.

Ello, naturalmente, sin perjuicio de que normalmente son las Funciones Ilegales aquellas que impactan en mayor medida en la cuantificación de la renta.

17 Así, por ejemplo, no constituiría una Función Legal la ocupación por un inquilino de un inmueble calificado legalmente como inhabitable por el gobierno local competente. Ello sin perjuicio de que el inquilino pueda emplear irregularmente dicho activo para extraerle algún tipo de beneficio económico. Ello, desde luego, no presupone que su contraparte arrendadora haya ejecutado su prestación de mantenimiento en el uso, pues la *utilizabilidad* legal del inmueble simplemente se ha encontrado vetada en absoluto por la declaración de inhabitabilidad. Estaremos frente a una hipótesis de incumplimiento total del arrendador en su obligación de mantenimiento en el uso del arrendatario, lo cual le permitirá al inquilino activar los remedios legales asociados a esta hipótesis. Por lo demás, los ingresos ilícitos del inquilino podrían generarle un balance neto negativo por las eventuales multas o penas asociadas. Del ejemplo es importante inferir que la utilización lícita del bien arrendado en la totalidad de sus funciones prometidas es la consecuencia del mantenimiento en el uso por el arrendador, existiendo una correlación inescindible entre ambos componentes.



En tales supuestos, «W», «X», «Y» y «Z» claramente han gozado efectivamente de *utilizabilidad* (esto es, ciertas Funciones Legales relevantes) del establecimiento puesto a disposición por sus respectivas contrapartes. Luego, dichos agentes económicos, quienes obtuvieron beneficios de la explotación del establecimiento, mal podrían afirmar que el arrendador ha incumplido con la totalidad de su obligación de mantenimiento en el uso con el fin de aplicar los remedios asociados a dicha hipótesis.

En los casos revisados, el mero hecho de que el inquilino permanezca en el control del inmueble debería ser un indicio revelador del aprovechamiento útil del activo, el cual puede hallar su explicación en la expectativa razonable del inquilino dirigida a retomar la actividad empresarial mediante el empleo del establecimiento, cuando se disipe la prohibición normativa. En palabras de una atenta opinión:

[...] el locador [*arrendador*] sería perjudicado por el comportamiento del conductor [*arrendatario*] que mantenga la detención del inmueble, limitándose a suspender el pago de las rentas. *El comportamiento del conductor [arrendatario] que no libera el inmueble en el momento en el cual deja de pagar los cánones, atestigua un interés a mantener el goce del bien, presumiblemente instrumental a evitar la disgregación de la empresa a la espera de retomar la actividad* y no puede justificar una suspensión del pago de la renta. (Salanitra, 2020) (Corchetes y cursivas nuestros)

(ii) Cuando un agente económico razonable colocado en posición del inquilino hubiese podido canalizar las Funciones Legales del establecimiento hacia una utilización legalmente factible o hubiese podido redirigir dichas Funciones hacia un proceso productivo distinto.

Tal sería el caso de los siguientes arrendatarios:

- «A», quien antes de las medidas gubernamentales administraba una tienda de ropa y realizaba ventas físicas y *online*. Es el caso que «A», gracias al control físico con el que cuenta sobre el inmueble, *se encuentra en la posibilidad* de operar remotamente equipos ya instalados con *software* aplicativo que le permite organizar el teletrabajo con sus dependientes y continuar con su actividad productiva mediante la modalidad *online*. Del mismo modo, «A» tenía almacenadas en el inmueble cientos de existencias que *le permitirán* en el futuro cumplir con las entregas.
- «B», quien dividía —con espacios separados— el inmueble arrendado entre una farmacia y una tienda de productos de perfumería, productos ópticos y ropa. Ante tales circunstancias, «B» *puede* seguir empleando el inmueble para el giro de farmacia, estando en capacidad de obtener ingresos por ello.
- «C», quien opera un restaurante en el que, antes de la cuarentena, se atendía al público y se hacían repartos a domicilio de sus productos (*delivery*). Es el caso que, con la legislación en vigor, «C» *puede* emplear el establecimiento comercial arrendado para organizar *in situ* su proceso productivo, atender al

público para que este adquiera productos (sin permanecer en el local) y vender sus productos bajo la modalidad *delivery*.

Pero es necesario dar un paso más allá. Supóngase que ninguno de los arrendatarios («A», «B» y «C») hubiese efectuado algún tipo de actividad en el inmueble y, acto seguido, hubiesen pretendido ampararse en la ausencia de Funciones Legales económicamente valiosas para dejar de abonar las rentas por los períodos de duración de la imposibilidad legal, en aplicación de la teoría del riesgo.

Según creemos, si en tales casos el arrendador logra probar que un agente económico colocado en la posición de los arrendatarios hubiese razonablemente sido capaz de canalizar o reorganizar las Funciones Legales remanentes del establecimiento hacia un giro distinto o eslabón productivo parcial o reducido, la solución debería ser la misma a la señalada en el romanillo (i) de esta premisa. Y es que tal readaptación comercial —potencial— presupone que el arrendador ha cumplido con poner a disposición de su contraparte Funciones Legales económicamente valiosas que, a pesar de estar a su alcance, no fueron efectivamente aprovechadas por el arrendatario-empresario.<sup>18</sup>

Dicho de otra manera, ni «A», ni «B», ni «C» podrían alegar que las Funciones Legales del establecimiento que se encontraban a su disposición resultan económicamente inútiles para concluir que el arrendador ha incumplido totalmente con su obligación de mantenimiento en el uso. Dicha afirmación sería inadmisibles, dado que la *utilizabilidad* remanente procurada por el titular de los bienes viene haciendo que tales arrendatarios se encuentren en la posibilidad razonable de destinar el establecimiento hacia algún proceso productivo económicamente valioso.<sup>19</sup> En cambio, el riesgo que se gatillaría por el no aprovechamiento efectivo del inmueble por «A», «B» o «C» atañe a las aptitudes empresariales de estos inquilinos antes que al cumplimiento de la obligación de mantenimiento en el uso del arrendador. Y el riesgo de la falta de flexibilidad (adaptación a las circunstancias) de su proceso productivo es un riesgo exclusivo del empresario.

Ahora bien, en los ejemplos expuestos no se puede ignorar la permanencia de la reducción de la *utilizabilidad* ocasionada por las Funciones Ilegales, la cual no se ha disipado y viene afectando el valor de la cosa arrendada. Sin embargo, esta hipótesis resulta relevante para fundar la existencia de cumplimiento parcial (y no imputable) de la obligación de mantenimiento en el uso a cargo del arrendador, única y exclusivamente en los aspectos que conforman la funcionalidad menoscabada.<sup>20</sup>

---

18 Sería similar a los arrendamientos de casa de playa o de campo en la que los inquilinos, por razones personales, deciden no acudir a aprovechar efectivamente del inmueble arrendador.

19 Desde una perspectiva legal, en las hipótesis revisadas el inquilino que se encuentra en aptitud de recanalizar razonablemente los recursos asociados a las Funciones Legales colocados a su disposición por el arrendador debe asumir el impacto económico de no poder efectivamente mitigar dicho desperdicio de recursos.

20 Lo que queremos decir es que si algún agente económico colocado en la posición del inquilino (dedicado al rubro) puede convertir esa disposición del bien (Función Legal) en parte de un proceso

Los casos expuestos en esta premisa grafican una utilización económica provechosa o la disponibilidad de esta última respecto del establecimiento por el locatario. Esta situación solo podría ser jurídicamente concebible en caso —como presupuesto— el arrendador hubiese puesto a disposición de su contraparte un aprovechamiento parcial del inmueble correlacionado a las funciones empleadas (o susceptibles de ser empleadas) por el inquilino (las Funciones Legales). Luego, nos encontramos ante casos de cumplimiento parcial de la obligación de mantenimiento en el uso a cargo del arrendador.

*i) Premisa 9.* Se asumirá que, como acontece hasta la fecha de publicación de este artículo, no existe ninguna norma de emergencia que se ocupe específicamente del problema jurídico analizado.

Ante arrendamientos de establecimientos comerciales en marcha donde se verifiquen las premisas de desarrolladas en este artículo, no se puede descartar, dadas las circunstancias actuales, la futura promulgación de una norma *ad-hoc* que altere la posición de los sujetos del arrendamiento. Dicho dispositivo legal contaría con altas probabilidades de resultar constitucional —en virtud de una interpretación razonable del artículo 62 de la Constitución—. Ello siempre y cuando la norma balancee razonablemente los intereses de las partes involucradas en la relación contractual, ofreciendo los mecanismos adecuados de fomento estatales (Cuffaro, 2020) o sustanciales (a nivel obligacional) que resulten idóneos para tales fines.

Esta hipotética norma, además, contaría con la virtud de evitar el futuro colapso de los juzgados ocasionados por los costos administrativos derivados de los procesos propiciados por los inquilinos. Y es que aun cuando las posibilidades legales ofrecidas por la legislación civil pudieran ser llevadas con cierto nivel de éxito al ámbito del proceso en un escenario de normalización de la actividad judicial, los costos de implementarlas serían inmensos, al tratarse de una problemática generalizada a escala social.

Sin embargo, hasta la fecha no existe ningún dispositivo promulgado (ni en proyecto) aplicable a los arrendamientos de esta naturaleza.

## **2.1. Admisibilidad de la vía de la imposibilidad jurídica de la obligación de mantenimiento en el uso**

Según las posturas mayoritarias, el contrato de arrendamiento genera un derecho personal en el inquilino, en tanto el arrendatario «precisa de una continua actuación del propietario para poder ejercitar su derecho». En esta línea, el inquilino no go-

---

productivo o explotarla económicamente de alguna forma razonable, entonces existe un potencial económico que el arrendador le está atribuyendo a su contraparte al colocarlo en la disposición del inmueble. En tal hipótesis, existirá posibilidad parcial de mantenimiento en el uso (en lo relativo a dicha Función Legal económicamente valiosa del local) y, consecuentemente, deberá descartarse la hipótesis del incumplimiento total.

zaría de poder inmediato sobre la cosa si no fuese por la mediación constante del arrendador, quien se encuentra obligado a mantenerle en el goce de ella durante todo el tiempo que dure la relación (Méndez, 2000). En el Perú, esta afirmación halla sustento en el inciso 1 del artículo 1680, «la cual constituye una previsión normativa clave para configurar al arrendamiento como relación obligacional y no real, puesto que durante toda la vida del vínculo jurídico, el arrendador asume el deber de garantizar que el arrendatario se mantenga en el uso, lo que se diferencia de modo esencial con el derecho de usufructo» (Gonzales, 2019).

El arrendamiento es un contrato de duración. Como tal, «la obligación del arrendador se mantiene durante toda la vigencia del acuerdo; es decir, una vez producida la entrega, está obligado a mantener la cosa arrendada apta para el fin que ha sido arrendada hasta su término» (De la Maza, 2020). No resulta posible, entonces, aseverar que en esta estructura contractual el programa del arrendador se agota instantánea e inmediatamente con el primer acto de ejecución posterior al cierre del contrato.

También una revisión del estatuto del arrendamiento en el Código Civil peruano nos permite constatar que el arrendador no agota el programa típico a su cargo con la conversión del inquilino en poseedor (mediante la entrega del bien en estado de servir). En cambio, el legislador inserta en cabeza de dicho agente económico una serie de situaciones jurídicas pasivas a desplegarse mientras dure la relación arrendaticia. Nos referimos a situaciones tales como la obligación de efectuar las reparaciones a cargo del arrendador (artículos 1673 y 1680 inciso 2 del Código Civil) y la de no ejecutar innovaciones que disminuyan el uso del arrendatario (artículo 1672 del Código Civil).

Como se anticipó, en virtud del artículo 1680 inciso 1 del Código Civil, el arrendador se encuentra obligado a «mantener al arrendatario en el uso del bien durante del plazo del contrato». Este deber constituye un elemento natural y característico del contrato de arrendamiento. Consecuentemente, dada su esencial relevancia, la programación de la referida obligación influye decisivamente el equilibrio económico orquestado por las partes.

El contenido del mantenimiento en el uso ha sido entendido por la doctrina nacional como la necesidad de que, durante el plazo del arrendamiento, el arrendador despliegue —y el arrendatario pueda pretender de aquel— las siguientes conductas:

- (i) un *non facere* consistente, por un lado, en la abstención de realizar cualquier acto que perturbe la posesión pacífica del arrendatario (Arias Schreiber, 2011), constituyendo una violación de este deber la enajenación del bien arrendado que exponga al inquilino a la pérdida de sus derechos (Bigio, 1995); y, por en otro, en la abstención de realizar innovaciones que disminuyan el uso del inquilino (Gonzales, 2019);
- (ii) un *facere*, consistente en la obligación de realizar las reparaciones a cargo del arrendador (Castillo, 2010); y,
- (iii) la liberación de perturbaciones relativas al bien que afecten al arrendatario (Vega, 2020). Esta manifestación de la obligación de mantenimiento en el uso

es catalogada por algunos como una situación jurídica de garantía (sobre ese punto, véase Forno, 2004; Neme, 2018).

No parece quedar dudas de los ítems (i) y (ii). En cambio, sí se ofrece indispensable aclarar el ámbito operativo del romanillo (iii).

El universo de molestias relativas al inmueble capaces de afectar a un inquilino es vastísimo, pudiendo encontrarse conformado por las turbaciones de diversa índole en la posesión (incluso aquellas derivadas de las pretensiones con o sin título de ciertos terceros como del propietario no arrendador o como el titular de una servidumbre), los ruidos desagradables, la caída de agua proveniente de predio vecino o las constantes actividades lesivas de las buenas costumbres del otro, el abuso de las áreas comunes, la eventual presencia de chinches especialmente resistentes a las fumigaciones en los dormitorios de un departamento *premium*, la presencia de espíritus en una residencia (León, 2000) e incluso la presencia de animales (salvajes o ganado) que irrumpen en fundo rústico ajeno.

En tal contexto, uno no puede dejar de formularse la siguiente pregunta: ¿todas estas perturbaciones son de cargo del arrendador bajo el artículo 1680 inciso 1? Si no fuese así, ¿cuáles de ellas debe gestionar el arrendador como parte del contenido de la situación jurídica denominada «mantenimiento en el uso»?

Haciendo un esfuerzo sintético, es posible entender que los modelos comparados (que presentan una problemática bastante cercana al nuestro en este punto) ofrecen dos posturas que buscan explicar el contenido del mantenimiento en el uso, en el extremo vinculado a la liberación de perturbaciones relativas al bien (que es el que cobra relevancia en el marco de este análisis): la postura *restringida* y la postura *amplia*. Bajo la primera posición, el arrendador sería responsable por la atribución de las aptitudes primordialmente vinculadas a aspectos físicos o materiales del bien arrendado. En cambio, para el segundo entendimiento, el arrendador sería responsable tanto por las características físicas del bien dado en alquiler como por aquellas cualidades presentes al momento de celebración del acuerdo relativas a la utilidad del bien, toda vez que estas fueron relevantes para configurar el contenido económico del contrato.

En el primer orden se inserta la opinión, para la cual los riesgos que el propietario-arrendador de una cosa mantiene a su cargo o continúa soportando son, típicamente, «los riesgos afectantes a la cosa arrendada en sí, que, de realizarse, impedirían el goce pacífico del arrendatario». En ese sentido, «el arrendador no mantiene ni asume los riesgos afectantes a la utilidad a extraer por el arrendatario de dicho goce». Conforme a este autor, las contingencias de cargo del arrendador vendrían a ser aquellas que impactan en la «estructura, los elementos constructivos, la habitabilidad o funcionalidad del referido local en sí» (Pantaleón, 2020).

En la misma línea, se sostiene que la prestación esencial del arrendador radica en la cesión temporal del uso entendida no como derecho, sino como «dominio físico», de cuya titularidad se vería desposeído el arrendador con la ocupación del arrendatario en el transcurso del arrendamiento (León, 2020).

Según otro parecer (que se mantiene dentro de esta primera tendencia), el artículo 1680 del Código Civil peruano determinaría en su inciso 1 que el arrendador

debe repeler a cualquiera que pretenda alegar derechos o pretensiones perturbando la posesión del arrendatario (y mantenerlo en ella) precisamente porque el dueño es quien conoce mejor la situación del espacio arrendado y, por ende, tiene mejor información que el inquilino; esto es, se trata de cerrar la brecha de conocimiento que usualmente se presenta en casos de asimetría informativa (Vega, 2020). Esta opinión parece restringir las molestias a cargo del arrendador a aquellas vinculadas a terceros que (contando o no con legitimidad) afectan la Función posesión (esto es, el control físico fáctico) que el inquilino venía teniendo sobre la cosa. Luego, en un arrendamiento de local comercial, el inquilino se habría visto afectado con una perturbación —la cual el arrendador deberá liberar, como parte de su obligación de mantenerlo en el uso— solo en caso sea totalmente despojado o amenazado con actos dirigidos a inquietarlo o despojarlo en la disponibilidad fáctica del establecimiento.

En nuestro sistema legal, esta postura restringida podría hallar respaldo en el sentido del artículo 1674 del Código Civil, según el cual «[c]uando para reparar el bien *se impide al arrendatario que use una parte de él*, éste tiene derecho a dar por resuelto el contrato o a la rebaja en la renta proporcional al tiempo y a la parte que no utiliza» (cursivas nuestras). Esta hipótesis podría llevar a pensar que el uso jurídicamente relevante (por gatillar remedios ante su privación) vendría a ser aquel uso del cual el inquilino puede ser privado mediante la ejecución de reparaciones (primordialmente materiales, sin duda alguna). Luego, el uso jurídicamente relevante se trataría de un uso meramente material de la cosa.

Apelando a un criterio distinto, con ocasión de la obligación de «atribución del goce» que se desprendería del Código Civil italiano de 1942, la tendencia *amplia* indica que el arrendador sería responsable tanto por las características físicas del bien dado en alquiler como por aquellas cualidades prometidas económicamente valiosas.

En ese sentido, se ha sostenido que las perturbaciones relativas al bien que pesan sobre el arrendador no se refieren únicamente a la posesión (a la que engloban), sino, más en general, a las perturbaciones sobre la utilización del activo (entendiendo a esta última como la «satisfacción de necesidades que se obtiene directamente de la relación material con la cosa, según su destinación» contractual<sup>21,22</sup>). En esta línea, ejemplos típicos de resultados extraídos de la utilización de una cosa vendrían a ser la habitación, la lectura, la vestimenta y, desde luego, el empleo de la cosa en una actividad lucrativa (Mirabelli, 1972).

En términos más simples:

[e]n el contenido de la atribución de goce ingresa *toda utilidad que pueda extraerse de la cosa de conformidad con la destinación contractual*, y por ende ya sea las utilidades tendientes a satisfacer las necesidades que conciernen a la utilización directa de la cosa, ya sea las utilidades consistentes en la utilización indirecta,

21 Así definida, la utilización se diferenciaría del disfrute, entendido como la obtención de entidades económicas autónomas (Mirabelli, 1972).

22 Cabe mencionar que esta posición no es unívoca en el sistema italiano. Véase, como ejemplo, la conceptualización de Capozzi (1988).



como medio para la consecución de un lucro, ya sea también la utilidad que se reciba de la apropiación del fruto de la cosa, si esta los produce, dentro de los límites de la determinación del contenido que se encuentra fijada en el contrato. (Mirabelli, 1972)

También en esta segunda orientación se inscribe, por un lado, la posición según la cual la garantía de explotación de la cosa para su fin económico se coloca de cargo del arrendador, de suerte que el precio se encontraría vinculado al potencial económico del inmueble (San Martín, 2020); y, por el otro, aquel parecer conforme al cual la obligación de liberar al arrendatario de toda turbación (regulada en el artículo 1924 inciso 3 del Código Civil chileno) incluye a las turbaciones jurídicas, las cuales, a diferencia de su definición tradicional,<sup>23</sup> serían entendidas como la afectación a «la utilidad de la cosa para el fin que ha sido arrendada» (De la Maza & Ulloa, 2018).

En nuestro país, la tendencia *amplia* también ha hallado recepción en aquella opinión que estima que la obligación central del arrendador radica en mantener al arrendatario en el uso del bien, uso que sería distinto según cada tipología de arrendamiento. De este modo, en el caso del local comercial, más allá de la disposición física que pueda tener el arrendatario del bien, el uso jurídicamente relevante vendría a ser el uso comercial, entendido como aprovechamiento, productividad o explotación del inmueble para fines comerciales. De este modo, si el arrendador no puede garantizar dicho uso a su contraparte, la prestación se afectaría y, consecuentemente, la contraprestación también (Fernández, 2020).

Como se puede apreciar, ambas tendencias cuentan con argumentos razonables capaces de sustentar cuál debe ser el contenido de la situación jurídica consistente en el mantenimiento en el uso a cargo del arrendador. Empero, por nuestra parte, creemos que la segunda tendencia (esto es, la perspectiva amplia, que encuentra dicho contenido en la conservación de las aptitudes materiales y económicas del bien arrendado) es la que parece más acorde tanto con el tenor de la legislación peruana como con la dinámica de la distribución de riesgos estándar y con la economía de esta tipología contractual. Ello en atención a las siguientes razones:

- (i) Primero. La relevancia de la «común intención de las partes» bajo el artículo 1362 del Código Civil.

El artículo 1362 del Código Civil atribuye valor jurídico a la «común intención» de las partes frente a la «ejecución» de cualquier contrato, como el arrendamiento. A esta norma subyace la necesidad de tutela de los propósitos prácticos comunes de las partes, de cara al desenvolvimiento de sus actos jurídicos, es decir, tanto en sede de interpretación como de integración negocial.

El dispositivo citado en el párrafo anterior respalda la relevancia de la finalidad programada de la operación o su utilidad económica mínima contemplada por ambos contrayentes. Este componente, al ser relevante para el sistema legal, es

---

23 Esta definición las concibe como aquellas generadas por terceros que actúan en virtud de un derecho con el que cuentan o pretendan contar (Díez-Picazo, 2010).

una fuente de integración de la obligación de mantenimiento en el uso una vez incorporada en el contenido del arrendamiento.

En el caso que nos convoca, el interés común de las partes de una operación arrendaticia comercial normalmente no se limita a la mera atribución al inquilino de la posesión o control fáctico de la cosa. Esta limitación supondría afirmar que —mediante la necesidad de mantenimiento en uso— la operatividad garantizada al inquilino de una bicicleta, de una tuneladora necesaria para construir un sistema de metro y de un estadio de fútbol para la prestación de un equipo en una fecha específica, es absolutamente la misma.

Como contrapartida, conferir relevancia a la común intención de las partes implicaría valorar, como elementos integrativos de la obligación de mantenimiento en el uso, (i) los intereses comunes que se evidencian caso por caso a partir de los términos y condiciones de los contratos de la praxis transaccional, (ii) su contenido económico (como se verá en el romanillo segundo) y (iii) las circunstancias relevantes, como la propia naturaleza y características de un establecimiento comercial, que alimenta las expectativas razonables del inquilino.

Al respecto, la praxis transaccional muestra que los arrendamientos comerciales inmobiliarios suelen reflejar expresamente los propósitos del acuerdo, esto es, la destinación de la utilización del bien, la cual califica el cumplimiento de diversos términos contractuales. Con ello en mente, en este tipo de arrendamientos, declaradamente dirigidos a la producción o venta de productos de empresa, «no se ve razón por la cual la obligación del locador deba restringirse únicamente a connotaciones físicas del bien arrendador y no englobar también las características contextuales, esto es, funcionales del bien mismo» (Dolmetta, 2020).

Desde esta perspectiva, apelando a la común intención estándar de las partes, un establecimiento comercial ha sido proporcionado en estado operativo para un propósito concreto específico, siendo que el presupuesto común de las partes (que llena de contenido la obligación de mantenimiento en el uso) es que tal estado operativo se mantendrá como durante la ejecución del contrato. Dicho de otra manera, el contrato de arrendamiento para actividad empresarial ha sido celebrado «bajo el presupuesto» de un empleo del inmueble para el efectivo desarrollo de la actividad productiva, de forma similar a los *coronation cases* (Roppo & Natoli, 2020).

- (ii) Segundo. La postura amplia es la que mejor representa la noción de equilibrio contractual, determinando la relevancia jurídica de las Funciones Legales que impactaron en la cuantificación de la renta.

Resulta clara la influencia de las Funciones atribuidas por el arrendador en la economía del contrato, al punto de resultar determinante respecto a la cuantificación de la renta. Y es que no cabe dudar de que, tendencialmente, a menor cantidad y calidad de Funciones Legales atribuidas, el bien materia de arrendamiento tendrá un menor valor económico. Inversamente, a mayor cantidad y calidad de Funciones, el valor de la renta se incrementará.

Así, por ejemplo, piénsese en el impacto económico en la fijación de renta que —más allá de la posesión en sentido estricto— podrían tener Funciones como



los usos legalmente permitidos por los gobiernos locales para un inmueble, la posibilidad de colocar paneles publicitarios externos (y percibir los ingresos asociados) o la autorización para subarrendar total o parcialmente el bien.

En esta línea de ideas, el valor de la atribución del uso (esto es, de las Funciones que lo componen) constituye el grueso del valor económico aportado por el arrendador a su contraparte; y es el valor que, a final de cuentas, determinó la cuantificación de renta periódica que el inquilino se comprometió a pagar.

La relevancia económica de las Funciones (componentes esenciales en la configuración de la economía del arrendamiento) tiene como correlato jurídico la imposibilidad de relegarlas al plano de los motivos. En otras palabras, se trata de componentes cuya desaparición tendencialmente acarreará consecuencias en el mundo del derecho.

- (iii) Tercero. La relevancia del «fin del arrendamiento» o «el destino que se le concedió [al bien] en el contrato» bajo el estatuto típico del contrato de arrendamiento.<sup>24</sup>

En primer lugar, según el inciso 1 del artículo 1680, el arrendador se encuentra obligado «[a] mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado *para el fin del arrendamiento*» (cursivas nuestras).

Como se aprecia, el supuesto de hecho normativo le atribuye explícitamente relevancia al «fin del arrendamiento», esto es, al destino contractualmente prometido para el bien materia de arrendamiento, en lo que atañe a la conservación del bien. Ello resulta especialmente revelador si se considera que la realización de reparaciones se encuentra englobada en la situación jurídica compleja del mantenimiento en el uso, a pesar de su tratamiento legislativo separado (Díez-Picazo, 2010), de lo que se deduce la homogeneidad funcional de ambas obligaciones.

En segundo lugar, el inciso 1 del artículo 1681 del Código Civil determina que el arrendatario está obligado a «recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo *para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias*» (cursivas nuestras).

El dispositivo recién enunciado confirma la relevancia jurídica de la destinación concreta atribuida por el acuerdo al local comercial bajo el común entendimiento de las partes.

Estimamos que ambas menciones normativas influyen notablemente en la lectura que el intérprete nacional debe atribuir al contenido del mantenimiento en el uso. En ese sentido, el texto del estatuto típico del arrendamiento ratifica

---

24 En ese sentido, nuestra regulación sería similar a la contenida en el Código Civil portugués: Código Civil Portugués. «Artículo 1031.-

Son obligaciones del locador [*arrendador*]:

Entregar al locatario la cosa locada [*arrendada*];

Asegurarse el goce de esta para los fines a los que la cosa se destina».

Posteriormente, el mencionado cuerpo normativo se refiere a las hipótesis de los vicios o deficiencias de la cosa arrendada, situación que se asemeja a grandes rasgos a las hipótesis cubiertas por las garantías de saneamiento en el Código Civil peruano.

que el contenido del mantenimiento en el uso abarca tanto las turbaciones primordialmente materiales (físicas) que afectan la cosa como aquellas turbaciones jurídicas, entendiendo estas últimas como «la utilidad de la cosa para el fin que ha sido arrendada» (De la Maza & Ulloa, 2018).

- (iv) Cuarto. La relevancia de la noción amplia de «vicios ocultos» y de la finalidad concreta programada bajo la regulación de las «obligaciones» de saneamiento, que si bien pertenece al estatuto general del contrato resulta también aplicable al arrendamiento.

De entrada, debemos decir que las reglas del saneamiento contenidas en el Código Civil son aplicables a contratos que, como el arrendamiento, suponen la transferencia de la posesión y del uso. En efecto, conforme al artículo 1484 del Código Civil, «[h]ay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la *transferencia* de propiedad, la *posesión o el uso de un bien*» (cursivas nuestras).

En segundo orden, se tiene que los eventos generadores de saneamiento se encuentran constituidos por los vicios ocultos, la evicción y el hecho propio del transferente.

Es indispensable apreciar que en el régimen de vicios ocultos se encuentra la carencia «cualidades prometidas» del bien, cuyo contenido no se restringe legalmente a las aptitudes físicas o materiales del activo, sino que podría bien englobar a la *utilizabilidad*, siempre que exista una declaración que alimente la confianza del beneficiario respecto al mantenimiento de aquella cualidad y siempre que la ausencia de esta última disminuya el valor del bien o lo haga inapto para la finalidad.

Al respecto, la exposición de motivos del Código Civil señala lo siguiente:

Quando una persona adquiere un bien es porque lo considera apto para el fin al que lo destina, tal como aparenta serlo. Esta apariencia suele presentarse tanto en el aspecto real del bien que hacer suponer que reúne las cualidades deseadas, como en un concepto puramente figurado, esto es, *que resulte de la confianza depositada por el adquirente en base a las afirmaciones hechas por el transferente*. De consiguiente, y si sucede que no se presentan estos presupuestos —falta de las cualidades prometidas que le daban valor o aptitud para su destino—, el adquirente tendrá expedito su derecho para que se sanee el vicio. (Arias Schreiber, 2015) (cursivas nuestras)

En la misma línea se encuentra aquel sector de la doctrina que coincide con la opinión según la cual:

es obvio que las cualidades prometidas *no son, o al menos son no pura y simplemente, las cualidades esenciales para el uso normal del bien*, con el solo agregado de ser también específicamente prometidas en el contrato: en caso contrario, la mención separada de esta segunda situación sería inútil y no habría dado una mayor amplitud a la categoría de la cualidad en general, porque las cualidades normales esenciales son ya relevantes de por sí, y nada añade a esa circunstancia el ser también específicamente prometida en el contrato. (De la Puente, 2007) (cursivas nuestras)

Posteriormente, el mencionado autor aclara su posición al señalar lo siguiente:

El artículo 1505 de nuestro Código civil se coloca en el supuesto de que las cualidades del bien prometidas o afirmadas por el transferente lo hacen apto para la finalidad de su adquisición. No se trata de una afirmación en el sentido [de] que el bien no adolece de defectos, sino, por el contrario, de que goza de ciertas cualidades que lo distinguen de los demás de su especie. Por ejemplo, en el caso de automóviles de una cierta marca que desarrollan una velocidad máxima promedio de 150 kilómetros por hora, el transferente afirma que un determinado automóvil de esa marca desarrolla hasta 200 kilómetros por hora. Es esta especial velocidad máxima la que hace apto el automóvil para la finalidad buscada por el adquirente.

En tercer lugar, la cobertura legal contra los eventos de saneamiento se activa siempre que la materialización de los riesgos cubiertos afecte ya sea en el «valor» atribuido y/o en la «finalidad de la adquisición».<sup>25,26,27</sup> Según nuestro derecho positivo, la finalidad apenas mencionada es concreta, en tanto debe ser reconstruida a partir de las manifestaciones expresas o tácitas específicas de los contrayentes y, de manera subsidiaria, con base en una finalidad hipotética del acto compatible con las características del bien, tiempo de adquisición y costumbres del lugar.<sup>28</sup>

En síntesis, la disciplina del saneamiento en el Perú (i) es aplicable directamente a los arrendamientos; (ii) no limita la cobertura del adquirente a las afectaciones físicas a la posesión sobre el bien materia de arrendamiento, sino que es compatible con la relevancia de las turbaciones asociadas a la utilidad económica (compuesta, por ejemplo, por las «cualidades prometidas») de la cosa; (iii) extiende la cobertura del transferente a todo aquello evento de saneamiento (por vicios ocultos, evicción y hecho propio del transferente) que menoscabe el valor y la finalidad concreta de la adquisición.

---

25 Código Civil. «Artículo 1491.-

Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia».

Código Civil. «Artículo 1501.- En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición».

26 Código Civil. «Artículo 1505.-

Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición».

Código Civil. «Artículo 1510.-

También hay lugar al saneamiento cuando no existen las servidumbres activas declaradas por el transferente al celebrarse el contrato, que harían apto el bien para la finalidad de su adquisición».

27 Código Civil. «Artículo 1524.-

El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto».

28 En efecto, conforme al artículo 1486 del Código Civil peruano, «[s]i no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar».

El desarrollo mencionado con ocasión de las «obligaciones» de saneamiento puede ser extrapolado a su homólogo funcional en el arrendamiento:<sup>29</sup> el mantenimiento en el uso del arrendatario. Con arreglo a ello, en las relaciones arrendaticias debe prestarse atención a los componentes configurados por:

- (i) la configuración legal amplia de la noción de «vicios ocultos», la cual incluye la ausencia de «cualidades prometidas» por el arrendador; y,
- (ii) la relevancia jurídica finalidad concreta del uso programado para el bien arrendado. En efecto, toda vez que en el arrendamiento no existe una adquisición *stricto sensu* (entendida como transferencia de propiedad), el parámetro teleológico relevante para determinar la cobertura legal del arrendador por los eventos de saneamiento vendría a ser la finalidad concreta del uso programado para el bien arrendado.

Ambos componentes influyen en la lectura del contenido de la obligación legal de mantenimiento en el uso propia de los contratos de arrendamiento, en el sentido de que sería incoherente contar con una dislocación funcional entre ambos.

- (v) Quinto. La postura amplia es la concreción de un criterio de eficiente distribución del riesgo.

Un criterio de asignación eficiente del riesgo es aquel que se condice con la solución que dos agentes económicos ubicados en la posición de las partes (arrendador y arrendatario) actuando racionalmente y de buena fe habrían hipotéticamente acordado en un escenario de bajos costos de transacción. En tal escenario hipotético, tal como se desarrolló en las premisas de este trabajo, el riesgo de *utilizabilidad* del bien materia de arrendamiento habría sido asignado a quien aporta dicho objeto al acuerdo, esto es, el arrendador, con base en los criterios del *cheapest-cost avoider* y del *superior-risk bearer*.<sup>30</sup>

Con ello en mente, es posible comprender por qué en el Perú la obligación de mantenimiento en el uso debe ser equiparada a la disponibilidad del bien arrendado para su destinación operativa concreta (incluyendo sus Funciones prometidas). Dicho de otra manera, el mantenimiento en el uso es una situación jurídica compleja<sup>31</sup> mediante el cual el arrendador asume el compromiso

---

29 Si bien la disciplina del mantenimiento en el uso y la regulación del saneamiento son distintas, esta última resulta relevante por su afinidad a las relaciones arrendaticias, al punto que un sector de la doctrina latinoamericana ha sugerido que el régimen del saneamiento sea absorbido por la disciplina del incumplimiento contractual (De la Maza & Ulloa, 2017).

30 Si bien la pérdida de *utilizabilidad* pesa claramente sobre el arrendador cuando aquella se debe a un evento bajo su control (criterio del *cheapest cost avoider*), ello también podría ocurrir ante eventos no imputables como el que motiva este estudio, bajo el criterio económico del *superior-risk bearer*.

31 Como se mencionó anteriormente, para no pocos autores a nivel comparado, el «mantenimiento en el uso» constituye una situación jurídica de garantía, entendida como la asunción objetiva del riesgo de no producción de un resultado fáctico esperado por el beneficiario, cuya ocurrencia no necesariamente depende del promitente. Se trataría, así, de «situaciones en las cuales un contratante se encuentra sujeto a posiciones perjudiciales para sí como consecuencia de la deficiente actuación de la relación contrac-

de atribuir —a favor del inquilino— las Funciones Legales garantizadas del inmueble (esto es, las cualidades y aptitudes, sean o no físicas, inherentes al bien arrendado) económicamente relevantes según la común intención de las partes y la finalidad programada de la operación. El arrendatario celebró el contrato en la confianza razonable de la pervivencia o mantenimiento de este resultado económico-fáctico durante el transcurso de la relación arrendaticia.<sup>32</sup>

---

tual frente a su otra parte» (Mirabelli, 1972).

Esta es la postura que, según un sector de la doctrina italiana, acoge el *Codice* de 1942 cuando señala en el artículo 1575 que el locador debe «3) garantizarle [*al conductor*] el pacífico goce durante la locación». En efecto, bajo dicha norma el arrendador asumiría la «atribución del goce» a favor del inquilino, esto es, la concesión «de una posición que lo habilita para extraer directamente de la cosa, sin la colaboración del locador [*arrendador*] mismo, todas las utilidades previstas en el acuerdo contractual» (corchetes agregados). La situación descrita no constituye ni una obligación ni una prestación, sino que fija solo el contenido y los límites de la responsabilidad del locador, en la eventualidad de que se verifiquen eventos que incidan en el goce del conductor (arrendatario) y cuya incidencia no pueda ser eliminada por parte del locador (arrendador) (Mirabelli, 1972).

La garantía de atribución en el goce incluiría la liberación de molestias, independientemente de si su causante es el propio arrendador, sus dependientes o incluso terceros que, alegando algún título sobre el activo, generen «molestias de derecho» y contra terceros que generen molestias de hecho, es decir, que no tengan ningún título contractual contra el arrendatario. A diferencia de lo que ocurre con los débitos obligacionales, aquella garantía operaría sin que tenga relevancia la diligencia en la defensa prestada por el arrendador respecto a las pretensiones de los terceros (Mirabelli, 1972).

En ese sentido, la atribución del goce pacífico se diferenciaría de la obligación *stricto sensu* de «hacer gozar» a cargo del arrendador, que incluiría (regulada en el artículo 1571 del *Codice*), la cual se limita a la eliminación de molestia provenientes del locador y de sus dependientes (Trimarchi, 2013).

Los remedios jurídicos asociados a la garantía por molestias irían desde la defensa del inquilino en la eventual fase contenciosa (Trimarchi, 2013; Cuffaro, Calvo & Ciatti, 2014) hasta, ante la persistencia de la molestia, aquellos remedios dictaminados ante la verificación de vicios del arrendamiento, esto es (por aplicación analógica), la reducción de la contraprestación, resolución y rescaramiento de daños (Mirabelli, 1972). En cualquiera de tales casos, la responsabilidad del garante no sería el *negativum* de una obligación, sino un concepto jurídico autónomo que incorpora el objeto de la garantía (Cuffaro, Calvo & Ciatti, 2014).

Sin negar la construcción conceptual de la garantía, otra opinión estima que «no subsisten razones textuales ni sistemáticas para no aplicar la disciplina general y que deben, por ende, encontrar aplicación los principios generales en materia de exacto cumplimiento de la obligación» (Trimarchi, 2013).

En la práctica, la tesis de la garantía asemejaría en cierta medida el mantenimiento en el uso a lo que la praxis transaccional emanada del *common law* adopta el nombre de *warranty*. En nuestra opinión, es perfectamente admisible que las partes especifiquen la promesa del arrendador que brinde al inquilino cobertura económica inclusive frente a eventos ajenos a su esfera de control y posibilidades objetivas de contención. Semejante garantía podría incluso, mediante una redacción clara, otorgar al beneficiario respaldo o *confort* patrimonial frente a eventos de fuerza mayor de impedir la consecución del resultado esperado (según lo permitido por el artículo 1317 del Código Civil). Tal sería el caso de una garantía contractual de inexistencia de saqueos imprevisibles o de una plaga local de roedores que impacten en el bien arrendado durante el curso del arrendamiento.

Con una *warranty* de esta naturaleza, la imposibilidad jurídica de utilización del establecimiento (acontecimiento que diluye los ingresos del arrendatario) constituiría una vicisitud potencialmente cubierta por la promesa de «mantenimiento en el uso» del arrendador. Ante tales circunstancias, el inquilino podría ciertamente quedar legitimado, en vez de a reducir el *quantum* de la renta periódica, a pretender un resarcimiento de daños y perjuicios de su contraparte. Por ello, se ha sugerido que ambas instituciones (la obligación y la garantía) llevarían a resultados prácticos no disímiles (Dolmetta, 2020).

32 En este orden de ideas, el resultado fáctico incorporado dentro del compromiso prestacional del

Debemos reiterar que, a partir de la recepción del bien por el inquilino, la obligación de mantenimiento cuenta con una operativa similar a la de un contrato *take or pay*. En efecto, cuando la posesión sobre el activo pasa a manos del inquilino, el arrendador cumplirá su débito (quedando inmune al riesgo de incumplimiento) poniendo a disposición de su contraparte las Funciones que integran el uso contractual de la cosa. Si ello acontece, resulta jurídicamente irrelevante que el arrendatario haga efectivo aprovechamiento de aquellas (en tanto aquel forma parte de su riesgo empresarial y, más en general, de su riesgo de disfrute subjetivo).

Si el arrendador es imputable por el incumplimiento de la obligación de mantenimiento en el uso (en alguno de los componentes que conforman su complejo contenido), como regla, el inquilino podrá activar los remedios de tutela del crédito contractual, tales como la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

Llegado a este punto es necesario desentrañar el contenido del mantenimiento en el uso (*rectius: utilizabilidad*) específicamente del arrendador de local comercial (objeto de nuestro análisis), lo que significa desglosar las Funciones Legales relevantes que el arrendador deberá mantener disponibles a favor de su contraparte en este ámbito.

El inmueble comercial cuenta con múltiples cualidades, características y aptitudes que integran su *utilizabilidad* y su potencial económico. Desde luego, muchas de estas Funciones podrían llegar a ser extravagantes, subjetivas o incluso ilícitas, las cuales se encuentran privadas de tutela jurídica. Empero, un vistazo a la praxis transaccional permite listar ciertas Funciones comunes y lícitas en este tipo de operaciones, que podrían adquirir relevancia conforme a la común intención de las partes y su impacto en el equilibrio contractual:

---

arrendador radicaría en la atribución del uso contractual a favor del inquilino (esto es, en la liberación de perturbaciones) durante toda la duración del arrendamiento. De esta forma, la atribución del uso formaría parte del resultado prometido por el arrendador. Este último, en otras palabras, debería «garantizar» que el bien pueda ser usado durante el plazo del contrato para el destino dado en arrendamiento (D'Auriol, 2020).

### **Funciones relevantes asociadas al establecimiento materia de arrendamiento comercial**

Conservación de la posesión *stricto sensu* (control fáctico físico) del establecimiento.  
Atención al público en el establecimiento para provisión directa del producto o servicio.  
Atención al público en el establecimiento con permanencia de los clientes al interior del local.  
Organización física en el establecimiento del trabajo.  
Colocación de publicidad interna y externa.  
Almacenamiento de bienes y equipamientos.  
Soporte de equipos integrantes del proceso productivo.  
Mantenimiento de áreas comunes.  
Estacionamiento y almacenamiento.  
Disponibilidad de servicios de conexión domiciliaria.  
Obtención de rentas por subarrendamientos totales o parciales (siempre que estén permitidos).  
Otras Funciones Legales residuales jurídicamente relevantes.

Sin que la lista sea cerrada, y siempre atendiendo al caso concreto, la atribución de las Funciones detalladas en el cuadro anterior podría integrar el contenido de la obligación del arrendador consistente en mantener al arrendatario en el uso de local. En otras palabras, en un arrendamiento de esta naturaleza, el deber de mantenimiento en el uso (*utilizabilidad*) del establecimiento normalmente radica en la disponibilidad continua de los ítems listados; así como la cobertura económica por el arrendador de ulteriores obligaciones de remediación de las vicisitudes que afectan a dichas Funciones.

Ahora bien: el confinamiento ordenado por los Estados para contener la pandemia de COVID-19 ha ocasionado, en líneas generales, un impacto de imposibilidad en la obligación del mantenimiento en el uso. De ello da cuenta cierto autor en los siguientes términos:

*La prestación que se hace imposible* no es la práctica del comercio como tal, porque la prestación del comercio no es una prestación debida por el arrendatario al arrendador. La obligación que se extingue o se suspende *es la obligación del arrendador de proporcionar continuamente el goce útil de la cosa alquilada*. La fuerza mayor cae una vez sobre el arrendatario, pero la segunda y definitiva vez sobre el arrendador. Y como consecuencia de que en el contrato de arrendamiento, por ser de tracto sucesivo, nunca pasa al arrendatario el riesgo de las contingencias impositivas (a diferencia de la compraventa en el art. 1452 CC), el arrendatario puede suspender el pago y/o resolver por imposibilidad sobrevenida de la parte adversa. (Carrasco, 2020) (cursivas nuestras)



Conforme a lo señalado en las premisas 6 y 8 de este artículo, analizaremos aquella hipótesis según la cual disposiciones legales relacionadas con el control del COVID-19 han convertido en ilegal o jurídicamente imposible<sup>33</sup> (Osterling & Castillo, 2008) solo algunas Funciones vinculadas al establecimiento comercial arrendado.

Para mayor detalle, en una primera etapa de la estrategia gubernamental contra la pandemia, las medidas dictaminadas prohibieron que mediante el establecimiento comercial se realice la atención al público y en la organización física (*in situ*) del proceso productivo del inquilino-empresario (las «Funciones Ilegales»), para los servicios no esenciales. Empero, actualmente las Funciones Ilegales han disminuido o se han disipado totalmente respecto a algunos tipos de negocios. Naturalmente, al ser el COVID-19 una vicisitud de orden temporal, se espera que gradualmente las Funciones Ilegales vayan reduciéndose hasta desaparecer por completo.

Con todo, es imposible negar que hoy en día las Funciones Ilegales mantienen importancia respecto a la explotación global de los establecimientos alquilados. A pesar de ello, una gran parte de los mencionados locales resultan todavía aptos para permitirle al inquilino desplegar en ellos Funciones remanentes económicamente valiosas (las «Funciones Legales»<sup>34</sup>). Como se mencionó en las premisas 6 y 8, este será el escenario en el que nos enfocaremos.

Considerando lo antes dicho, la prohibición sobrevenida de las Funciones Ilegales vinculadas al establecimiento comercial solo ocasiona la imposibilidad jurídica de aquella parte o aspecto de la obligación de mantenimiento en el uso correlacionada con aquellas Funciones. La no atribución del goce en dicho extremo configura indudablemente un incumplimiento obligacional; pero —bajo las premisas adoptadas— no se trata de un incumplimiento total, sino de uno meramente parcial.

En efecto, al no estar prohibidas todas las Funciones para las que el local comercial resulta idóneo (en vista de la pervivencia de las Funciones Legales económicamente valiosas), el arrendador puede seguir procurando al inquilino la disponibilidad de cierta *utilizabilidad* remanente. La atribución al inquilino de las Funciones Legales valiosas respecto del local comercial no se ha vuelto imposible (al menos en términos objetivos y relativos)<sup>35</sup> sino que aquellas Funciones aún se encuentran a su disposición y aquel empresario bien podría seguir aplicándolas en su beneficio, a pesar de las medidas legales de contención del COVID-19.

Lo mencionado puede ser graficado del siguiente modo:

---

33 Para tal efecto, nos basamos en la nomenclatura empleada por Osterling & Castillo (2018), según la cual la imposibilidad legal o jurídica es «aquella que se produce cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aunque la misma materialmente todavía pueda ser cumplida, como sucedería, por ejemplo, si la cosa debida es puesta “fuera del comercio”, o si se prohíbe la edificación a mayor o menor altura de la acordada».

34 En efecto, conforme a las premisas de las cuales hemos partido, estas Funciones del bien, o están siendo empleadas, o podrían ser razonablemente aplicadas por un agente económico que se encuentra en la posición del inquilino.

35 Ello sin contar que buena parte del programa obligacional a cargo del arrendador —que incluye la entrega del bien en estado de servir y que también influye en la economía del contrato— habrá sido cumplido.



El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales:  
 evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución

<b>Escenario postinicio del aislamiento obligatorio vinculado a la utilización de establecimientos comerciales dados en arrendamiento</b>		
<b>Función relevante asociada al establecimiento materia de arrendamiento comercial</b>		<b>Posibilidad jurídica (licitud) del mantenimiento en el uso a cargo del arrendador respecto a cada Función relevante</b>
<p>Atención al público para provisión directa del producto o servicio en el establecimiento.</p> <p>Permanencia del público en el local para el consumo de bienes o servicios.</p> <p>Organización física en el establecimiento del trabajo.</p>	Funciones Ilegales	Este aspecto del mantenimiento en el uso <b>sí</b> ha devenido jurídicamente imposible o ilegal.
<p>Conservación de la posesión <i>stricto sensu</i> del establecimiento (control fáctico físico).</p> <p>Colocación de publicidad interna y externa.</p> <p>Almacenamiento de bienes y equipamientos.</p> <p>Soporte de equipos integrantes del proceso productivo.</p> <p>Mantenimiento de áreas comunes.</p> <p>Estacionamiento y almacenamiento.</p> <p>Disponibilidad de servicios de conexión domiciliaria.</p> <p>Obtención de rentas por subarrendamientos totales o parciales (siempre que estén permitidos).</p> <p>Otras Funciones jurídicamente relevantes por ser económicamente valiosas.</p>	Funciones Legales	Este aspecto del mantenimiento en el uso <b>no</b> ha devenido jurídicamente imposible o ilegal.

En el caso de los establecimientos comerciales arrendados para negocios legalmente habilitados para realizar actividades de entrega a domicilio (*delivery*), el escenario es incluso más favorable al desenvolvimiento de las Funciones Legales integrantes del mantenimiento en el uso:

Escenario para establecimientos comerciales arrendados para negocios legalmente habilitados para realizar <i>delivery</i>		
Función relevante asociada al establecimiento materia de arrendamiento comercial		Posibilidad jurídica del mantenimiento en el uso a cargo del arrendador respecto a cada Función relevante
Atención al público en el establecimiento para provisión directa de bienes o servicios con permanencia de los clientes al interior del local.	Funciones Ilegales	Este aspecto del mantenimiento en el uso <b>sí</b> ha devenido jurídicamente imposible o ilegal.
<p>Atención al público en el establecimiento solo para provisión directa de bienes o servicios.</p> <p>Organización física del trabajo en el establecimiento para venta de productos entrega a domicilio (<i>delivery</i>) por terceros.</p> <p>Conservación de la posesión <i>stricto sensu</i> del establecimiento (control fáctico físico).</p> <p>Colocación de publicidad interna y externa.</p> <p>Almacenamiento de bienes y equipamientos.</p> <p>Soporte de equipos integrantes del proceso productivo.</p> <p>Mantenimiento de áreas comunes.</p> <p>Estacionamiento y almacenamiento.</p> <p>Disponibilidad de servicios de conexión domiciliaria.</p> <p>Obtención de rentas por subarrendamientos totales o parciales (siempre que estén permitidos).</p> <p>Otras Funciones jurídicamente relevantes por ser económicamente valiosas.</p>	Funciones Legales	Este aspecto del mantenimiento en el uso <b>no</b> ha devenido en jurídicamente imposible o ilegal.

Por otra parte, como ya se explicó en la premisa 5, el incumplimiento parcial del arrendador en el mantenimiento en las Funciones (usos) Ilegales *no es imputable* a aquel arrendador-deudor. En efecto, la prohibición de semejante despliegue halla su origen en normas jurídicas imperativas sobrevenidas a la celebración del arrendamiento, las cuales califican como eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Se trataría de una hipótesis de causa no imputable.

Como se adelantó en la premisa 8, para efectos del presente trabajo consideraremos que la imposibilidad parcial relevante reside en cada uno de los eventualmente múltiples períodos que pueda tener el arrendamiento.<sup>36</sup>

La imposibilidad jurídica parcial y no imputable del mantenimiento en el uso a cargo del arrendador —durante cada uno de los segmentos de la relación arrendaticia— genera los siguientes cambios jurídicos:

- (i) El arrendador queda liberado de responsabilidad por no cumplir el extremo parcialmente imposible de la obligación de mantenimiento en el uso (atribución de las Funciones Ilegales). En cambio, el arrendador permanece obligado a cumplir el extremo parcialmente posible (puesta a disposición de las Funciones Legales), salvo lo señalado en el numeral siguiente.
- (ii) Por aplicación de la disciplina correspondiente a la teoría del riesgo (artículo 1316 del Código Civil), el arrendatario podría tener hasta dos remedios a su favor. A saber:<sup>37</sup>

a) Primera alternativa. Un remedio conservativo

Se trata de la reducción de la contraprestación prometida por el arrendatario, esto es, la disminución en el pago renta a su cargo para cada período individual (la cual retribuye el tramo relevante de mantenimiento en el uso disminuido).

Este remedio es procedente ante la sola verificación de la imposibilidad parcial y no requerirá la superación de ningún umbral de materialidad adicional.

---

<sup>36</sup> Existe, no obstante, un segundo tipo de imposibilidad parcial que presupone que varios de los múltiples tramos individuales de mantenimiento en el uso se han tornado 100 % imposibles. Desde una perspectiva global (que aprecia todos los fragmentos prestacionales de la relación jurídica arrendaticia), esta última hipótesis podría también ser catalogada como una imposibilidad parcial, si se considera que, como ocurre en todo contrato de duración, la prestación contractual total del arrendador se divide en múltiples fragmentos que se alinean y suceden en el tiempo hacia la satisfacción del interés duradero y continuado del acreedor.

<sup>37</sup> Estimamos que esta es justamente la conclusión que un autor nacional adopta sobre la naturaleza del mantenimiento en el uso, aunque aplicando el régimen obligacional de la teoría del riesgo. Ello al señalar que durante el estado de emergencia, el bien es imposible de usarse, afectando directamente la situación de hecho de poseer el bien por parte del arrendatario, ya que no puede ejercerla de manera plena, ni para el destino arrendado. En el caso que comento, el arrendador se encuentra en la imposibilidad de cumplir, pues no puede mantener al arrendatario en la posesión del bien y garantizar el uso de este. Ello por cuanto la misma ley es la causa que imposibilita el cumplimiento de dicha obligación (causa no imputable). Esta posición juzga que, ante la imposibilidad descrita del mantenimiento en el uso, el arrendatario de local comercial no debe el pago de la renta por los días que no usó el inmueble como consecuencia del estado de emergencia. Pero sí le corresponde pagar por la prestación de permitir que los bienes se encuentren dentro del local comercial. Esta solución encontraría su fundamento en el artículo 1316 del Código Civil (D'Auriol, 2020).

La reducción que pueda invocar el inquilino supone —exclusivamente— el descargo de aquella proporción de la renta periódica que remunera el componente del mantenimiento en el uso devenido parcialmente imposible (esto es, las Funciones Ilegales).

Por consiguiente, subsistirá la obligación del inquilino consistente en pagar el porcentaje de renta por aquel período de mantenimiento en el uso que no se ha vuelto ilegal y que permanece en su disposición (Funciones Legales), en tanto —respecto a aquellas— la teoría del riesgo impone la pervivencia del sinalagma funcional, en la medida de lo posible.

Con relación al *quantum* de la reducción, esta debe tener en cuenta la relevancia de las Funciones Ilegales y la sinergia que conformaban primigeniamente en el equilibrio contractual. Pero también debe considerar las Funciones Legales y un criterio de utilidad (*profit*) razonable para el arrendador, considerando que el acuerdo celebrado no es uno de liberalidad ni gratuito. En esta línea, la individualización de la correcta medida a reducir es fruto de una «valoración global de la relación contractual interesada», que no se agota en la imposibilidad de usar el inmueble para la destinación empresarial convenida, sino que tiene en cuenta también otras prestaciones debidas por el locador y el respecto a aquellas prestaciones que haya ejecutado. En ese sentido, basta pensar, como ejemplo, que el arrendatario utiliza los espacios arrendados para dejar allí equipamientos y maquinarias (Dolmetta, 2020). Del mismo modo, frente a la deducción de los cánones deberían considerarse los componentes (obligaciones de *non facere* y *facere*) de la prestación de mantenimiento en el uso no impactados por la imposibilidad.

A nuestro juicio, en el escenario descrito, el remedio de la reducción resulta adecuado y preferible a la suspensión del íntegro de la renta para el período arrendaticio impactado.

En efecto, si el arrendatario estuviese legalmente facultado para dejar de pagar el 100 % de un período de renta afectado por una imposibilidad solo parcial (porque solo impacta a ese tramo específico y deja indemnes a otros) del mantenimiento en el uso a cargo del arrendador, se podría estar avalando una suerte de expropiación indirecta de titularidades patrimoniales correspondientes al arrendador o un enriquecimiento sin causa perpetrado por el inquilino. Y es que este último, quien permanece en la disposición del establecimiento comercial, podría verse beneficiado de Funciones Legales económicamente valiosas sobre un establecimiento que no le pertenece y que, por lo tanto, si no fuera por el pago de la renta —que ahora deja de realizar en su totalidad—, su aprovechamiento debería corresponder al titular de la cosa. En efecto, en tal escenario, el arrendatario estaría captando beneficios del contrato celebrado con su contraparte (los cuales esta última solo habría concedido si contase con la percepción de una retribución adecuada) sin incurrir en los sacrificios que retribuyen funcionalmente tales beneficios.

En tal sentido, concordamos con la opinión conforme a la cual no existe el derecho a permanecer en la cosa arrendada sin pagar ningún canon, sino el derecho a obtener una reducción del canon que tenga en cuenta la reducción

de la utilidad que el arrendatario pueda obtener de la detentación del bien en un escenario en el que se encuentre obstaculizado el pleno goce contractual de su parte (Corte de Casación italiana, sentencia de febrero de 2004, N° 3991, citada por Dolmetta, 2020).

De otro lado, no existe unanimidad a nivel comparado (Perlingieri, 1980; Dolmetta, 2020) sobre si el arrendatario cuenta con una autotutela extrajudicial que le permita aplicar y liquidar unilateralmente la reducción de la renta a pagar, si aquel debe al menos buscar un entendimiento con su contraparte con el fin de cuantificar la reducción o si el inquilino debe continuar con los pagos de la renta hasta que un hecho jurídico consolidado (acuerdo de las partes o resolución jurisdiccional) determine lo contrario, como ocurriría bajo la filosofía *continued performance* o *keep working* (Vásquez, 2019). En cualquier caso, el ejercicio del derecho a reducir podría requerir de la anuencia del arrendador o del pronunciamiento favorable del juez o árbitro para generar un escenario incontrovertido.<sup>38</sup>

b) Segunda alternativa. Un remedio extintivo

El arrendatario se encuentra facultado para desistirse del vínculo obligacional que lo venía atando al arrendador. Conforme al artículo 1316 del Código Civil, el inquilino solo podrá ejercer este derecho si la ejecución parcial del mantenimiento en el uso «no fuese útil» para aquel o si este «no tuviese justificado interés».

Desde una perspectiva sistemática, es indispensable leer la «utilidad» o «interés» del acreedor —que, ante la imposibilidad parcial, lo habilitan a desistirse antes que a reducir la contraprestación— a la luz de los principios del *pacta sunt servanda*, de buena fe y de la conservación del contrato, los cuales obligan a las partes a adoptar una actitud razonable de resiliencia antes de acudir a los remedios resolutorios. Y es que, como se ha correctamente afirmado, una indiscriminada facultad del inquilino de disolver el contrato podría poner todo el peso del evento sobreviniente de Covid-19 en cabeza del arrendador (Roppo & Natoli, 2020).

En sintonía con tales directrices, estimamos que el desistimiento no podría activarse ante cualquier dificultad o mera inconveniencia subjetiva generada por la imposibilidad parcial del mantenimiento en el uso. En cambio, el referido derecho potestativo extintivo podrá ejercerse únicamente cuando se verifique que la justa causa acontecida supera cierto umbral de materialidad.

A nuestro parecer, la configuración del umbral requerido por la norma para permitirle al arrendatario desistirse del arrendamiento dependerá de factores tales como los siguientes:

---

<sup>38</sup> Apelando al criterio expuesto anteriormente, si el mantenimiento en la utilización comercial del inmueble se hace parcialmente inviable a causa de la ocupación de un ejército extranjero o por las cenizas provenientes de la erupción imprevisible de un volcán, el arrendador, quien se encuentra obligado a atribuir a su contraparte la total utilización del bien, se encuentra en un escenario de imposibilidad temporal de la liberación de las turbaciones que impiden la utilidad del activo. En tal escenario, el arrendatario tendrá derecho a resolver a reducir proporcionalmente la renta a su cargo, durante el tiempo que dure la turbación.

- *En el plano del período arrendaticio individualmente considerado*, el hecho de que la renta remunera no solo el aspecto del mantenimiento en el uso que ha devenido imposible parcialmente (las Funciones Ilegales), sino también otras obligaciones del arrendador. En incluso si la renta remunerase únicamente el mantenimiento en el uso (obligación devenida parcialmente imposible), existen aspectos valiosos de esta obligación que se mantienen incólumes: las Funciones Legales.
- *En el plano global de la relación arrendaticia*, se debe considerar el plazo total del arrendamiento originalmente consensuado. En efecto, dicho plazo determina la cantidad global de períodos de atribución de uso al inquilino y, por ende, es clave para cuantificar el monto total del arrendamiento. Así, si la imposibilidad parcial del mantenimiento en el uso restringido dura 3 de un total de 120 períodos (y, por ende, tiene un impacto de un 2,5 % del monto total del contrato), no parece viable la aplicación del *remedio extintivo*, dado que la patología carecería de materialidad suficiente.

En caso el arrendatario acredite la materialidad requerida y ejerza eficazmente el derecho de desistimiento del contrato de arrendamiento comercial (remedio extintivo), deberá desocupar y devolver el establecimiento comercial sin mayor deterioro que aquel derivado del uso ordinario.

Es necesario agregar una puntualización ulterior a este acápite. En ninguno de los escenarios delimitados en las premisas de trabajo (esto es, cuando existan Funciones Legales económicamente valiosas subsistentes) el inquilino del local comercial se encuentra habilitado para suspender de forma unilateral y extrajudicial el pago del 100 % de las rentas correspondientes a los períodos en los que ha tenido a su disposición el uso del establecimiento (aun cuando disminuido en las Funciones Ilegales).

En primer lugar, al no constatarse un incumplimiento total ni uno equiparable a aquel por parte del arrendador (considerando el fragmento prestacional a desplegarse dentro de un período del arrendamiento), el inquilino no podría invocar el artículo 1316 del Código Civil con el fin de suspender la integridad del pago de la renta.

En segundo lugar, si bien como regla la excepción de incumplimiento «puede ser activada también como reacción a incumplimientos no culpables porque derivan, por ejemplo, de imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor» (Benedetti, 2020), aquel remedio no legitimaría al inquilino a suspender (no cumplir) el total del pago de la renta a su cargo cuando el incumplimiento legitimador de su contraparte (el arrendador) ha sido parcial; y menos aún cuando el propio titular del remedio continúa con la disposición económica de las Funciones Legales remanentes del establecimiento, incluyendo la disposición fáctica del local. Invocar la exceptio bajo tales circunstancias implicaría actuar contra la buena fe objetiva. En efecto, por un lado, la transgresión radicaría la lesión al criterio de proporcionalidad (Roppo, 2009; Benedetti, 2020),

mientras, por el otro, el inquilino, a sabiendas de los perjuicios causados al titular del bien a raíz de la captación de las Funciones Legales derivada del mantenimiento de la posesión sobre el establecimiento (piénsese en el costo de oportunidad asociado<sup>39,40</sup>), podría ocasionar a su contraparte un impacto de expropiación indirecta y de enriquecimiento sin causa. Sintetizando el desarrollo expuesto en este apartado, como parte de la obligación de mantenimiento en el uso, el arrendador debe poner a disposición las Funciones relevantes del local comercial según la común intención de las partes. Dado que algunas de dichas Funciones se han vuelto ilegales a causa de las normas de contención del COVID-19, la fase de la obligación de mantenimiento en el uso correlacionada a la *utilizabilidad* de tales Funciones correrá la misma suerte y devendrá imposible. Se trata de una hipótesis de imposibilidad parcial no imputable. Ante tal circunstancia, el arrendatario tendrá derecho, dependiendo de un análisis concreto de materialidad, a reducir la renta a su cargo o a desistirse del vínculo contractual.

## 2.1. Admisibilidad de la vía de la excesiva onerosidad de la prestación

El principio de fuerza vinculante (*pacta sunt servanda*) en los contratos determina que las partes se encuentran sujetas a la observancia de los términos y condiciones válidamente consensuados. Como es universalmente conocido, este principio se encuentra legalmente consagrado en el artículo 1361 del Código Civil, en el sentido de que «[l]os contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos [...]», regla frecuentemente resumida en la metáfora según la cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes.

Como todo principio, la fuerza vinculante halla límites en el propio sistema contractual. Así, el legislador prevé en diversas normas excusas ante vicisitudes sobrevenidas —tanto imputables como no imputables a las partes— que convulsionan el programa prestacional o el equilibrio económico que los contrayentes libremente orquestaron. Surgen entonces, aunque de manera excepcional, flexibilizaciones y mitigaciones al rigor del *pacta sunt servanda*, siempre con adecuación a los parámetros de la buena fe.

---

39 Generado por las pérdidas de oportunidades comerciales y, en general, de valor económico ocasionada por la retención del bien por un inquilino que no pagará nada por aquel durante los períodos individuales impactados.

40 En ese sentido, parecería en todo caso preferible plantear el «estado de suspensión bilateral de la relación contractual, que perdure por todo el estado de emergencia, terminado el cual el deudor pueda, ejecutando su propia prestación, reactivar su ritmo regular de ejecución» (Benedetti, 2020). En el caso concreto de arrendamiento, aquel «estado de suspensión bilateral» implicaría el retorno del control físico de la cosa al titular del bien, lo cual supondría el desmontaje de las instalaciones del inquilino en el establecimiento comercial con el sobre costo a ello asociado. Según el autor, esta suerte de sinalagma temporalmente «congelado» sería apto para evitar las consecuencias eventualmente precipitadas de la extinción del vínculo.



Algunas de estas situaciones son consagradas por el sistema legal, tal como ocurre con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440<sup>41</sup> y siguientes del Código Civil. Esta institución supone que, en el marco del contrato de duración o de ejecución diferida, debido a eventos extraordinarios e imprevisibles la prestación objetivamente posible del deudor ha devenido demasiado *costosa* (ya sea respecto a su costo inicial o en comparación con la medida de valores intercambiados por las prestaciones sinalagmáticas).<sup>42</sup> Así, la excesiva onerosidad deriva de cambios en la estructura del mercado que repercuten en las obligaciones de las partes de un contrato (Escobar, 2020).

El impacto de las medidas gubernamentales de contención del COVID-19 en los arrendamientos objeto del presente análisis puede ser de diversa magnitud e índole. La asignación de remedios como aquellos derivados de la excesiva onerosidad se encontrará reservada para aquellas alteraciones económicas que impacten objetivamente en la prestación a cargo del deudor y que, además, excediendo el alea normal, resulten exorbitantes, groseras o insoportables por las partes.

Aplicando este criterio al arrendamiento comercial, nos daremos cuenta de que solo sería hipotéticamente viable calificar como *excesiva* aquella onerosidad prestacional que merezca tal calificativo tras considerar conjuntamente los siguientes factores:

- la magnitud de sobrecosto soportado por una de las partes respecto a un período arrendaticio (período que representa un fragmento individual del sinalagma global);
- el tiempo total por el que se extiende dicha desproporción individual mencionada anteriormente, es decir, el número total de períodos prestacionales unitarios impactados por la desproporción; y,
- el plazo global de la relación arrendaticia. Esta variable permite cuantificar la gravedad de la onerosidad de los fragmentos arrendaticios correspondientes a un período aislado en función del 100 % de períodos prestacionales del arrendamiento. En tal contexto, el sobrecosto de 50 % de un período aislado de arrendamiento podría no ser *excesivo* si, apreciado a la luz de la totalidad de períodos del arrendamiento, representa una onerosidad ponderada del 5 % para la prestación contractual íntegra de mantenimiento en el uso.

---

41 Código Civil peruano. «Artículo 1440.-

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

42 Como se aprecia, resulta jurídicamente irrelevante que la contraparte del deudor impactado con la onerosidad excesiva se beneficie o se perjudique con el cambio de circunstancias. Lo relevante a estos efectos es el sobrecosto asumido por el referido deudor.



Apelando al criterio expuesto, la onerosidad —bajo la modalidad del envilecimiento, como se verá luego— de las rentas correspondientes a 4 de un total de 100 períodos mensuales, podría no merecer el calificativo de *excesiva*, a diferencia de la onerosidad de 4 de un total de 6 períodos. La primera hipótesis no parece revestir la gravedad suficiente como para permitir la invocación exitosa de los artículos 1440 y siguientes del Código Civil. Desde una óptica similar, se ha considerado que la materialidad del envilecimiento de la obligación del arrendador (respecto a la obligación del pago de la renta a cargo del inquilino) debería ser esclarecida con base en el precio de mercado —para ese bien— no de un solo período arrendaticio, sino en comparación a un «sustituto perfecto» de la atribución del aprovechamiento del establecimiento para toda la duración relevante de arrendamiento (Escobar, 2020).

El estándar de gravedad de la onerosidad (que la califica como *excesiva*, en términos del artículo 1440 del Código Civil) parece de difícil configuración en arrendamientos comerciales a largo plazo.<sup>43</sup> Empero, semejante umbral bien podría concurrir en arrendamientos de corto y en algunos de mediano plazo.

Ahora bien: ante el análisis que emprenderemos, asumiremos que los impactos en la posición del inquilino superan el umbral materialidad, ingresando al universo de lo excesivamente oneroso para efectos de la legislación peruana.<sup>44</sup> Este supuesto bien podría conformar una nueva premisa, además de las analizadas en el numeral 2 de este trabajo.

Una primera aplicación de la institución revisada en este acápite al ámbito que nos ocupa plantea que el arrendatario-empresario sí se encuentra en capacidad de acceder a los remedios jurídicos derivados de esta hipótesis. Ello en vista de que las repercusiones de la pandemia, si bien no han hecho imposible el pago de la renta,<sup>45</sup> sí habrían impedido que el inquilino genere los ingresos provenientes de su actividad económica habitual. Así, la prestación del inquilino se habría tornado insoportablemente difícil de realizar, a causa de la desaparición de los flujos provenientes

---

43 Ello considerando que, conforme a la legislación aplicable, el tiempo de duración máximo del arrendamiento a plazo fijo es de 10 años.

44 Desde luego, le corresponderá al arrendatario asumir semejante carga probatoria que, desde ya, anticipamos resulta sumamente compleja.

45 Se encuentra generalizada la afirmación según la cual el cumplimiento de una obligación dineraria no puede tornarse imposible bajo ninguna circunstancia, en tanto el dinero es un género que nunca perecerá. Empero, podría concebirse obligaciones dinerarias al menos temporalmente imposibles tanto si el contrato vincula el pago del deudor única y exclusivamente a cierta fuente específica de renta que no llega a producirse, como cuando una norma jurídica determina semejante imposibilidad (Cuffaro, 2020).

En los modelos comparados, surgen algunas interrogantes sobre la conveniencia de mantener la regla mencionada en el párrafo anterior de parte de algunos académicos a la luz de las circunstancias de emergencia sanitaria y económica actual. Así, hay quien se pregunta si la extraordinariedad de la «fatispecie Covid-19» inducirá a los estudiosos a buscar vías conceptuales para escapar a dicho rigor (Roppo & Natoli, 2020).

En el Perú, parece asumir una tesis flexible de imposibilidad respecto a la obligación de pagar la renta (Torres, 2020).

de la explotación del establecimiento. En mérito a la regulación de la excesiva onerosidad, la situación descrita legitimaría la pretensión del arrendatario encaminada a modificar la renta a su cargo o, subsidiariamente, a la resolución del vínculo.

Este planteamiento no parece convincente, en atención a las dos siguientes consideraciones:

- (i) Primero. La dificultad del arrendatario recae en su aptitud subjetiva para cumplir, sin llegar a encuadrarse en la noción objetiva de onerosidad «de la prestación», requerida por el artículo 1440 del Código Civil. En efecto, según las consideraciones mayoritarias, la onerosidad debe ser examinada con referencia a la prestación del deudor considerada en su objetividad; y no con relación a la posición subjetiva en la que se encuentra el deudor (Sacco & De Nova, 2018) (el arrendatario, en el caso analizado). Esta última configuraría una mera «dificultad de cumplir» (Gabrielli, 2017) incapaz de engendrar remedios para aquel deudor.
- (ii) Segundo. El decaimiento de una de las diversas fuentes patrimoniales del arrendatario configuraría un riesgo asumido por este —en su calidad de empresario—; y en aquella contingencia no debería participar el arrendador. Así, en la relación comercial *inter partes* derivada del arrendamiento, que una empresa —entendida como organización coordinada de factores productivos destinada al lucro (Vásquez, 2017)— deje de verse beneficiada por una de sus posiblemente múltiples fuentes patrimoniales<sup>46</sup> capaces de solventar el mantenimiento de uno de sus múltiples factores productivos<sup>47</sup> parece formar parte del riesgo inherente a su propia actividad;<sup>48</sup> y aun cuando no fuera así, la falta de liquidez no le atribuye al deudor remedios contractuales, sino el acceso a procedimientos legales de insolvencia.

De este modo, aun cuando el evento disruptivo del flujo dinerario provenga de una causa no imputable al inquilino-empresario, aquella contingencia habría de reputarse como implícitamente aceptada por aquel. Frente a tales hipótesis, regulaciones recientes (como la del Código Civil francés en materia de contratos) descartan la existencia de excesiva onerosidad.<sup>49</sup>

---

46 Entre ellas tenemos no solo los ingresos, sino también los fondos de contingencia, incrementos de capital de accionistas, financiamientos, ingresos provenientes de la explotación del inmueble obtenido de otras líneas de negocio y similares.

47 El establecimiento comercial, así como lo son sus trabajadores, proveedores, subcontratistas y costos de organización.

48 La excesiva onerosidad no puede darse entonces cuando el riesgo del evento sobreviniente se encuentra a cargo del deudor (Macario, 2006). En el mismo sentido, se ha destacado que el riesgo de disponer de una cantidad suficiente para pagar es el deudor (Mombert, 2020).

49 Código Civil francés. «Artículo 1195.-

Si un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la celebración del contrato hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso para la parte *que no ha aceptado el riesgo de dicho cambio*, esta parte puede solicitar a su contraparte renegociar el contrato. La primera parte debe continuar cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación.

En caso de rechazo o fracaso de las renegociaciones, las partes pueden acordar terminar el contrato desde la fecha y bajo las condiciones que aquellas determinen o, por mutuo acuerdo, solicitar al juez establecer su adaptación. En ausencia de acuerdo dentro de un período razonable, el juez puede, a

Por lo demás, el inquilino-empresario es titular *ab origine* del riesgo de decaimiento de una de las fuentes patrimoniales (que deriva, al menos en el corto plazo, de un manejo previsor de sus finanzas y de la creación de reservas para situaciones de crisis). Esta contingencia interna no ha sido colocada en el arrendador por el mero hecho de saber que el ingreso dinerario se genera parcialmente con la explotación del bien,<sup>50</sup> por lo que el arrendador no debería asumir su materialización<sup>51</sup>.

Pasando a otro punto, aunque desde el plano de la conveniencia parecería más ser un ejercicio académico tras haber aceptado la tesis de la imposibilidad,<sup>52</sup> creemos que no resulta posible descartar del todo que el inquilino-empresario (amparado en el artículo 1440 del Código Civil) plantee seriamente un caso de excesiva onerosidad bajo la modalidad del envilecimiento (u onerosidad invertida). A continuación expondremos las razones que fundamentan esta afirmación.

En términos sencillos, la tesis del envilecimiento plantea que, asumiendo la existencia de razones de mercado que cumplan con todas las características impuestas por ley, tan oneroso es que la prestación comprometida por el deudor se encarezca en un 90 % como honrar dicha prestación a su valor contractual originalmente acordado si la contraprestación sinalagmática (de la contraparte) ha reducido de forma objetiva y real su valor económico en un 90 %. Y es que en cualquiera de tales casos nos encontraremos frente a la modificación «de la relación de valor entre prestación y contraprestación en una medida anormal», la cual abre la puerta a la tutela de la excesiva onerosidad (Trimarchi, 2020).

La modalidad invertida de la excesiva onerosidad cuenta con reconocimiento en legislación de uniformización del derecho contractual a nivel internacional, así

---

requerimiento de parte, revisar el contrato o resolverlo, desde la fecha y bajo las condiciones que él determine». (cursivas nuestras)

En esta línea, se considera que la cláusula *rebus sic stantibus* no es aplicable cuando la alteración sobrevenida forma parte del riesgo asumido por una de las partes. Si el contrato no atribuye o asigna el riesgo de forma explícita o implícita a una de las partes, la asignación del riesgo debe hacerse aplicando los criterios propios del tipo contractual elegido o aplicable al negocio entre las partes, es decir, considerar si dicho riesgo es un “riesgo normal” (o alea normal) inherente o derivado del contrato (Albiñana, 2018).

50 Ello ocurre del mismo modo en que el conocimiento de la fuente de flujos de una persona natural por parte de la banca no determina que el si el prestatario es despedido arbitrariamente, cuente con un descargo total o parcial del repago del financiamiento. Por el contrario, en ese caso quien podría tener remedios a su disposición es la banca, en caso de haber estipulado cláusulas de aceleración a su favor, acompañadas de la ejecución de garantías. En suma, el riesgo del decaimiento de la fuente patrimonial de una parte no se traslada a la otra si esta última conoce de dónde proviene la fuente.

51 En cambio, vendrían a ser casos concretos de compartimiento contractual del riesgo de decaimiento de fuentes patrimoniales la incorporación en el contenido del arrendamiento de un pacto que cuantifique la renta (o alguno de sus componentes) en función del volumen de ventas del establecimiento o la incorporación del derecho de desistimiento ante la ausencia de percepción de flujos del establecimiento por causa no imputable a las partes.

52 En cambio, esta podría ser la única vía legalmente consagrada para reajustar los términos comerciales del contrato para quienes niegan la tesis de la imposibilidad sobrevenida por adoptar una tesis reductiva respecto al contenido de la obligación de mantenimiento en el uso del bien arrendado.

como en doctrina y jurisprudencia contemporánea a escala comparada, e inclusive por autorizadas opiniones en sede nacional.

De entrada, en su sección 2, «Excesiva onerosidad (*hardship*)», la versión más reciente de los Principios UNIDROIT (2016) señala lo siguiente:

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la «excesiva onerosidad» (*hardship*))

Hay «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque *el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido*, y:

- a. dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- b. los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- c. los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- d. el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja. (cursivas nuestras)

Los Comentarios de este cuerpo normativo sobre la disminución del valor del cumplimiento recibida por una de las partes arrojan luces sobre este punto, precisando que es pasible de aplicación tanto a prestaciones dinerarias como no dinerarias:

La segunda manifestación de la excesiva onerosidad (*hardship*) se caracteriza por una disminución sustancial en el valor del cumplimiento recibido por una de las partes, incluidos los casos en que el cumplimiento ya no tiene ningún valor para la parte receptora. *El cumplimiento puede estar relacionado con una obligación monetaria o no monetaria*. La disminución sustancial en el valor o la pérdida total de cualquier valor del cumplimiento puede deberse a cambios drásticos en las condiciones del mercado (por ejemplo, el efecto de un aumento dramático de la inflación en un precio acordado contractualmente) o la frustración del propósito para el cual se requería el cumplimiento (por ejemplo, el efecto de una prohibición de construir en una parcela de tierra adquirida para fines de construcción o el efecto de un embargo a la exportación de bienes adquiridos con miras a su posterior exportación).<sup>53</sup> (cursivas nuestras)

Llegado a este punto, uno podría pensar que la norma contemplada en los Principios UNIDROIT (2016) constituye un dispositivo exótico, lejano e inaplicable a los conflictos de intereses conocidos por nuestros jueces y árbitros nacionales. Empero, en este caso semejante impresión debería permanecer solo como tal.

---

<sup>53</sup> Adicionalmente, los comentaristas de los Principios UNIDROIT destacan que la disminución en el valor del cumplimiento debe ser capaz de una medición objetiva, en tanto «un mero cambio en la opinión personal de la parte receptora en cuanto al valor del rendimiento no es relevante».

La doctrina italiana contemporánea más atenta, basándose en una regulación de la excesiva onerosidad cuyo supuesto de hecho es similar al regulado en el Código Civil peruano,<sup>54</sup> entiende que el envilecimiento sobrevenido de la contraprestación esperada por el acreedor es equiparado a la sobrevenida onerosidad de la prestación todavía no ejecutada por el deudor (Gabrielli, 2017). Luego, también aquí el acreedor afectado (en nuestro caso, el arrendatario) se encontrará legitimado a emplear las acciones derivadas de excesiva onerosidad sobrevenida.

Esta afirmación coincide con aquella según la cual, en los contratos de prestaciones recíprocas, la excesiva onerosidad puede consistir en una desproporción sobrevenida de valores que hace que una prestación ya no sea suficientemente remunerada por la otra. Así, la desproporción puede derivar tanto de un excepcional aumento del costo de la prestación como de una «excepcional disminución del valor real de la contraprestación [...]» (Bianca, 2012).

La tendencia descrita es avalada por otros importantes especialistas contemporáneos. Así, por un lado, se ha sostenido que:

[...] *doctrina y jurisprudencia consideran, desde hace tiempo*, que es necesario acceder a una diversa interpretación de la fórmula, más idónea desde el punto de vista teleológico y sistemático del artículo 1467, en el sentido de que, *para que se tenga excesiva onerosidad es necesario (y suficiente) que se determine una notable alteración de la relación entre las prestaciones [...]* independientemente de la circunstancia de que la incidencia del evento sobreveniente sea «directa», afectando el valor de la prestación debida por el contratante que invoca el remedio o «indirecta», *haciendo disminuir sensiblemente la utilidad de la contraprestación*, produciéndose en ambos casos la mencionada alteración de la relación de «equivalencia» o, más idóneamente, de reciprocidad fijado en el origen por los contratantes. (Macario, 2006) (cursivas nuestras)

Por otro lado, se asevera lo siguiente:

La hipótesis principal [*de excesiva onerosidad*] es la del extraordinario aumento de los costos que una de las partes debe afrontar para ejecutar la prestación o, más en general, la del extraordinario aumento del valor en dinero de una de las prestaciones recíprocas. Es posible, sin embargo, también la extraordinaria reducción del valor de una de las prestaciones recíprocas. *Tanto en uno como en el otro*

---

54 Código Civil italiano. «Artículo 1467.-

En los *contratos de ejecución* continuada, periódica o de ejecución diferida, si *la prestación de una de las partes se vuelve excesivamente onerosa* por la verificación de *eventos extraordinarios e imprevisibles*, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos en el artículo 1458.

La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida ingresa en el alea normal del contrato.

La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato» (cursivas nuestras).

Como se aprecia, si bien con un orden aplicativo de remedios jurídicos distintos, el supuesto de hecho regulado en el citado dispositivo y en el artículo 1440 del Código Civil peruano son absolutamente idénticos.

*caso, se ha alterado la relación inicial de valor entre prestación y contraprestación y el remedio legal está igualmente justificado.* (Trimarchi, 2010) (cursivas nuestras)

La orientación de la excesiva onerosidad invertida o indirecta también ha hallado eco en España. En efecto, con ocasión precisamente de un contrato de arrendamiento, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia del 15 de octubre de 2014, configuró la excesiva onerosidad como:

*la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes* (principio de conmutatividad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación) [...] (cursivas nuestras)<sup>55</sup>

En el Perú, se ha considerado que la pérdida de valor de la contraprestación por el acreedor afectado (y a la vez deudor de la prestación gravosa) constituye una de las manifestaciones admitidas de la excesiva onerosidad aceptadas por el sistema contractual (Escobar, 2020; Chávez, 2020). Esta constatación reviste importancia si se considera que estas opiniones apoyan —correctamente, a nuestro parecer— el carácter excepcional de las flexibilizaciones al *pacta sunt servanda*.

Aplicando la tesis del envilecimiento al arrendamiento de establecimiento comercial, la prestación del arrendatario (consistente en el pago de rentas periódicas) se habría tornado excesivamente onerosa si ya no estuviese siendo suficientemente retribuida —con base en la equivalencia inicialmente fijada— mediante la (contra) prestación del arrendador (el mantenimiento en el uso de un establecimiento que se ve despojado de las Funciones Ilegales).<sup>56</sup> Como se aprecia, el caso materia de análisis, la relación existente entre el valor económico percibido por el inquilino de la prestación *remanente* de su contraparte (atribución de las Funciones Legales) y el valor que el inquilino paga (rentas contractualmente cuantificadas), se ha visto esencialmente trastocada por eventos extraordinarios e imprevisibles.

---

55 Además de ello, el Código Civil del referido país ibérico contiene una norma que, aunque aplicable a los arrendamientos rústicos, tiene como virtud hacer participar a ambas partes en las consecuencias de la «mala suerte» que impacta negativamente en parte del resultado del disfrute del arrendatario. Nos referimos al artículo 1575 del Código Civil español, según el cual: «El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevisos, salvo siempre el pacto especial en contrario. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever».

56 No puede descartarse que si un evento extraordinario e imprevisible valoriza económicamente el inmueble del arrendador (como ocurriría, por ejemplo, con la captación de una nueva y valiosísima Función recién surgida) y genera, por ende, el envilecimiento de la renta pagada por el arrendatario, el arrendador pueda valerse de la institución de la excesiva onerosidad respecto a las rentas que aún no le fueron pagadas. Ello, desde luego, siempre que se cumplan los otros requisitos legales de la excesiva onerosidad.



Es importante destacar que el envilecimiento debe afectar el valor objetivo y real que el mantenimiento en el uso le reporta al inquilino sobre la base de la estructura del mercado. Esta devaluación debe, además, ser la consecuencia la ausencia de *utilizabilidad* de las Funciones Ilegales del establecimiento<sup>57</sup> (las cuales decididamente influyeron en el contenido económico del contrato) y del mantenimiento únicamente de sus Funciones Legales (que también son económicamente valiosas, pero no al punto que lo eran en conjunto con las Funciones Ilegales).

La coyuntura descrita ocasionaría que la prestación originalmente asumida por el inquilino (pago de la renta) sea impactada con un sobrecosto. Y es que, dado que la (contra)prestación percibida por el arrendatario —consistente en el mantenimiento en el uso— habrá visto reducido notablemente su valor económico, objetivo y real, aquella atribución patrimonial habría perdido su «carácter retributivo» (Tribunal Supremo Español, 2014) del pago de las rentas convenidas a cargo del inquilino; o, lo que es similar, la renta ya no será «suficientemente remunerada» (Bianca, 2012) por la (contra)prestación sinalagmática.

Una ilustración podría ayudar a explicar el esquema conceptual planteado. Conviengamos en que, al momento de la celebración del arrendamiento, el costo económico asumido por el arrendatario «Z» al obligarse a pagar una renta mensual de S/1000,00 se encontraba compensado mediante una contraprestación razonablemente valorizada en S/1200,00. Como retribución al sacrificio de «Z», el arrendador «A» se comprometió a entregar y a mantener a «Z» en el uso del establecimiento.

A ojos de «Z», el valor original de la obligación de «A» —que, a su vez, determinó la cuantificación de la renta— ascendió a S/1200,00 y estuvo determinado por las múltiples Funciones potencialmente aptas para ser desplegadas con el establecimiento. El plazo del arrendamiento fue de dos años.

Posteriormente, producto del confinamiento generalizado derivado del COVID-19, «A» pudo seguir manteniendo a «Z» en ciertas Funciones Legales con la espera de retomar su actividad empresarial.

A pesar de ello, «A» ya no podía mantener a su contraparte en las aptitudes del inmueble consistentes en la atención al público y la organización interna de su proceso productivo (las Funciones Ilegales). Esto último ocasionó una merma en el valor originalmente conferido a la prestación percibida por «Z». Supongamos que una pericia técnica que se vale de metodologías comúnmente aceptadas concluye que, considerando las Funciones Ilegales, las Funciones Legales y la comparación del arrendamiento impactado entre «A» y «Z» a algún «sustituto perfecto» en el mercado considerando el plazo arrendaticio global,<sup>58</sup> el valor económico correspondiente a cada período mensual de mantenimiento en el uso individual a cargo de «A» pasó a valer S/500,00.

---

57 Como se verá más adelante, si bien esto es consecuencia de la imposibilidad parcial, ello no cierra la puerta al arrendatario para optar por la tutela de la excesiva onerosidad, el cual se enfoca en la alteración de la relación inicial de valor entre prestación y contraprestación.

58 Conforme a lo explicado por Escobar (2020), para determinar la excesiva onerosidad no sería viable efectuar un análisis que considere —aisladamente— el valor de mercado de uno solo de los períodos del arrendamiento, disminuido por la crisis. En cambio, debería considerarse el valor de dicho período comparado con un «sustituto perfecto», esto es, de un arrendamiento cuyo plazo global (que comprenda el 100 % de los períodos) es similar.

En este escenario, el pago de S/1000,00 (renta acordada originalmente bajo el arrendamiento convenido) por «Z» se habrá tornado excesivamente oneroso, pues el valor de la prestación recibida por aquella de «A» habrá quedado envilecido, al haber descendido de S/1200,00 hasta S/500,00. Esta situación, naturalmente, disloca gravemente la equivalencia acordada, toda vez que el pago de la renta a cargo de «Z» estará muy lejos de ser retribuido conforme al valor primigenio de la atribución temporal de la utilización del establecimiento (prestación de la arrendadora). «Z» habrá pasado de un escenario donde —en cada período— se sacrificaba por un valor de S/1000,00 para obtener una retribución razonable valorizada en S/1200,00 a un escenario en donde —en cada período— se sacrificará por S/1000,00 para obtener a cambio una exigua retribución valorizada en S/500,00.

Habiendo manifestado y ejemplificado la viabilidad de la tesis de la excesiva onerosidad invertida o indirecta —desde una consideración puramente jurídica— como un remedio viable y potencialmente concurrente (a elección del arrendatario) a otros admisibles por el sistema, es menester pronunciarnos sobre algunas potenciales objeciones a su aplicación. De manera tangencial, nos referiremos al escepticismo respecto a la aplicación general de la excesiva onerosidad de la prestación.

Para efectos prácticos, agruparemos las referidas objeciones en tres grupos: institucionales, regulatorias y aquellas asociadas a la conveniencia de la aplicación de la figura.

Las críticas institucionales se muestran contrarias a la aplicación de la excesiva onerosidad a la hipótesis que nos convoca, pues consideran que la disciplina que el Código Civil de 1984 dedica a la categoría es bastante perfectible y, además, no ha sido (y/o no merece ser) aplicada efectivamente por los tribunales jurisdiccionales en el Perú.

Más allá de la eventual plausibilidad de estos argumentos, evaluación que rebasa los propósitos de este trabajo, creemos que aquellos no son capaces de neutralizar la aplicabilidad de una categoría consagrada en el derecho positivo de forma imperativa (bajo sanción de nulidad<sup>59</sup>), que no ha sido derogada de ninguna forma y que, aun cuando quizá de forma imperfecta, busca enervar las injusticias contractuales. De este modo, en caso se verifiquen sus presupuestos, los órganos jurisdiccionales peruanos se encuentran obligados a aplicar la excesiva onerosidad a las controversias sometidas a su conocimiento.

Con todo, las críticas institucionales podrían ser consideradas en arbitrajes de conciencia o a efectos de impulsar una eventual reforma futura del Código Civil (aun cuando ello podría contrastar con la tendencia internacional que incluye figuras funcionalmente homólogas a la excesiva onerosidad).

Por su parte, las objeciones regulatorias rechazan la aplicación de la excesiva onerosidad en tanto —consideran— no se verificaría una adecuada subsunción entre la hipótesis fáctica propia de los arrendamientos comerciales y la hipótesis legal consagrada por los artículos 1440 del Código Civil. De este tronco se desprende una serie de observaciones, sobre las cuales nos pronunciaremos a continuación.

---

59 Código Civil peruano. Artículo 1444.-

«Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación».



Se señala, en primer lugar, que no puede configurar excesiva onerosidad la mera dificultad del cumplimiento de las partes del arrendamiento a causa de sus condiciones subjetivas.

Consideramos que la afirmación es correcta y resulta plenamente aplicable a la primera postura relacionada con la excesiva onerosidad, que apela a la ausencia de ingresos del arrendatario. Sobre esto nos hemos pronunciado anteriormente.

Empero, la primera crítica regulatoria no enerva la modalidad invertida (envilecimiento) de la institución analizada. En efecto, aquella tesis no se erige con base en la premisa de concederle relevancia a una mera dificultad del inquilino en el pago de la renta, a causa de la falta de ingresos. Y es que en esta ocasión el arrendatario-empresario no busca obtener remedios a su favor a partir de riesgos inherentes a su esfera subjetiva de disposición (como el decaimiento de una de sus fuentes patrimoniales). En cambio, apelando a esta segunda tesis, el inquilino busca amparo frente a un riesgo extraño al ámbito organizativo de sus finanzas internas: busca evitar soportar en su integridad el sobrecosto que incide en su prestación a causa de que esta ya no es suficientemente compensada por el valor de la contraprestación (consistente en el mantenimiento duradero en el uso del local). La verificación de este último riesgo ya no pertenece al ámbito empresarial ni atañe a su esfera subjetiva, sino que se trata de un riesgo uno asociado a la devaluación económica de la *utilizabilidad* del inmueble en función de la estructura del mercado. Luego, esta hipótesis merecería tutela del derecho (mediante remedios jurídicos) absolutamente al margen de la inexistencia de ingresos del arrendatario.

En segundo lugar, apelando al dogma según el cual donde hay imposibilidad no puede existir excesiva onerosidad, uno podría pensar que la excesiva onerosidad invertida de la prestación del inquilino se encontraría excluida por la verificación de imposibilidad sobreviniente del mantenimiento en el uso a cargo del arrendador.

El mencionado dogma, que resulta bastante lógico si se concibe la imposibilidad en términos objetivos y relativos, parece limitar su operatividad a las hipótesis en las que se evalúa una misma prestación, con el fin de determinar si califica, alternativamente, como una prestación imposible o como una excesivamente onerosa. En efecto, si la prestación contractual «A» es imposible en su integridad y de manera definitiva, la misma prestación «A» no podría devenir excesivamente onerosa, pues esto último presupondría —lógicamente— la viabilidad física y legal de su cumplimiento (aun cuando encarecido en sus costos). Sería entonces una paradoja afirmar que la misma prestación es imposible y, a la vez (posible pero), desmesuradamente gravosa.

A pesar de lo mencionado, parecería que el dogma descrito y su efecto excluyente no encuentra aplicación cuando la imposibilidad parcial y la excesiva onerosidad se refieren a dos prestaciones distintas, aunque interdependientes bajo un mismo esquema contractual.

En efecto, supongamos que la prestación contractual «A» es sinalagmática a la contraprestación «B», siendo ambas englobadas en un contrato de intercambio. En tal supuesto, acaecen eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que determinan que una parte de la prestación «A» (llamémosla el componente «A1») se torne objetivamente imposible, mientras otra parte («A2») permanezca *prima facie*

ejecutable y exigible (en tanto el contrato no se haya resuelto). Se trata entonces de la imposibilidad sobrevenida parcial de la prestación «A». En este caso, el tramo imposible de la prestación «A1» claramente no podría ser excesivamente oneroso, en tanto tal calificación presupondría la viabilidad de su ejecución, con lo cual regresaríamos a la paradoja puntualizada líneas atrás. Ante esta hipótesis, el acreedor de la prestación «A» solo podría valerse de las reglas asociadas a la teoría del riesgo relacionadas con la imposibilidad sobreviniente.

En contraste con lo dicho, asumiendo que no se han ejercido los remedios que la teoría del riesgo asigna al acreedor de la prestación «A», nada impide que la supervivencia únicamente del fragmento posible «A2» encarne la devaluación objetiva y real (envilecimiento) del valor económico originalmente reportado —a dicho acreedor— por la integridad de la prestación contractual «A».<sup>60</sup> De esta forma, nada impide que la contraprestación «B» de aquel acreedor se torne excesivamente costosa<sup>61</sup> en el contrato de intercambio. Y es que no cabría dudar de que esta contraprestación «B» es absolutamente posible de ser cumplida.

En síntesis, la teoría del riesgo (cuya hipótesis fáctica evalúa la posición del deudor obligacional y no la del acreedor) es capaz únicamente de excluir la excesiva onerosidad de la misma prestación impactada; empero, la aludida teoría no es apta para erradicar los remedios jurídicos asociados a la dislocación del valor reportado a su acreedor por la prestación «A» (a la luz de la economía general del contrato) y la contraprestación «B» (a cargo del acreedor de «A»). A diferencia de la teoría del riesgo, la modalidad invertida de la excesiva onerosidad enfoca el análisis del valor económico objetivo y real que la prestación «A» (o que su fragmento superviviente «A2» e independientemente de su imposibilidad parcial) le reporta a su beneficiario (el deudor de la prestación «B»), a fines de analizar si dicho valor ocasiona un sobre costo intolerable en dicho acreedor.

Aplicando este desarrollo al caso que nos ocupa, debemos aseverar que la imposibilidad objetiva, parcial y no imputable de la obligación de mantenimiento en el uso bien podría excluir que la porción posible de dicha prestación del arrendador sea excesivamente onerosa. Pero no es la posición del arrendador aquella relevante para efectos del análisis que hemos emprendido, sino la posición de su contraparte: el arrendatario. En ese sentido, semejante vicisitud no limitaría al

---

60 En realidad, la pérdida de valor de la prestación «A» desde una óptica de costos estructurales de mercado podría estar fijada no solo en términos cualitativos (pérdida de atributos valiosos de dicha prestación), sino también en términos cuantitativos (reducción de la cantidad de prestación debida respecto a aquella originalmente acordada). En cualquiera de ambos escenarios, no es viable descartar que la contraparte contractual interesada en la obtención de «A» pueda valerse de las normas de la excesiva onerosidad (en su modalidad invertida). Y ello pese a la imposibilidad parcial del componente «A1», la cual no constituye el centro del análisis de la excesiva onerosidad; aunque la excluye en caso de ejercicio de uno de los remedios asociados a la teoría del riesgo.

61 Empero, en esta hipótesis, salvo casos en que se activen los remedios jurídicos propios de la teoría del riesgo, la imposibilidad de la prestación «A» no impediría que se disloque la relación entre (i) el valor percibido por el acreedor de «A» del contrato global —incluyendo el segmento devenido imposible— y (ii) el valor contractual *prima facie* exigible de la contraprestación «B». Luego, la imposibilidad de «A1» no impediría que «B» tenga a su disposición para, de considerarlo pertinente, demandar la excesiva onerosidad.

inquilino a hacer valer el envilecimiento de la contraprestación percibida a efectos de aplicar la excesiva onerosidad invertida, siempre que concurra el resto de requisitos de la figura.

En líneas generales, la disponibilidad de remedios jurídicos entre la imposibilidad y excesiva onerosidad invertida (tesis del envilecimiento) podría ser concurrente, en el sentido de que la víctima podría valerse, conforme a su conveniencia, de uno u otro remedio jurídico. Empero, dado que el ejercicio de cualquiera de ambas tutelas a disposición del acreedor parecería componer la vicisitud afrontada por la víctima o, en ocasiones, extinguir el contrato de arrendamiento, definitivamente ambos no serían aplicables a la vez.

En tercer lugar, un sector minoritario, si bien admite la excesiva onerosidad invertida, pretende limitarla a las hipótesis de devaluación monetaria, las cuales, con toda probabilidad, constituyen los casos en los que la figura calza con mayor frecuencia (Roppo, 2009).

En nuestra opinión, semejante exclusión no resulta atendible, pues no solo sería contraria a la ubicación sistemática de la excesiva onerosidad (estatuto de la parte general de los contratos) y a la lógica de la *lex mercatoria* (que admiten la modalidad invertida), sino que, además, carece de sustento conceptual y funcional alguno.

En fin, algunas opiniones buscan excluir a la aplicabilidad de la excesiva onerosidad bajo la consideración de que el arrendatario contaría con otros remedios jurídicos (también de aparente aplicación extrajudicial, como según algunos ocurre con aquellos derivados de la teoría del riesgo), capaces de proteger su posición y eliminar la vicisitud que afronta. En otras palabras, el arrendatario podría evitar por sí mismo el impacto generado por la hipotética excesiva onerosidad mediante el recurso a otros remedios jurídicos distintos a aquellos asociados al artículo 1440 del Código Civil y, de esta forma, estaría en sus manos hacer desaparecer el impacto negativo que afronta.

Por nuestra parte, no vemos cómo la prerrogativa latente —y aún no activada ni provocada por el acreedor— consistente en aplicar alternativamente los remedios asociados a la teoría del riesgo sea capaz de eliminar la configuración de excesiva onerosidad. Ello en tanto esta última hipótesis —que también subsume la vicisitud acontecida— no es legalmente subsidiaria y nada impide su potencial concurrencia con otras figuras legales. En tal caso, estimamos que debería ser la parte afectada (el inquilino) quien juzgue qué tutela legal se ajusta mejor a su propia conveniencia ante el escenario de concurso.

Asunto radicalmente diferente a la admisibilidad legal de la excesiva onerosidad es la conveniencia de su aplicación. Y es que, efectivamente, el arrendatario podría optar por los remedios asociados a la teoría del riesgo, sobre todo en caso se considere que revisten el carácter de remedios extrajudiciales. Pero tal constatación, desde luego, no excluye la viabilidad legal del remedio ahora analizado.

Pasando a otro punto, es menester afirmar que, una vez calificado como excesivamente oneroso el impacto en la prestación del arrendatario bajo el contrato de arrendamiento, cuestión que dicha parte deberá acreditar en cada caso atendiendo a todos los requisitos legales previstos para tal supuesto, el arrendatario podría acceder al reajuste de la contraprestación o, alternativamente, a la resolución del contra-

to. Naturalmente, la vía idónea para probar el cambio de valor de la prestación del arrendador sería la de la pericia contable-económica objetiva, careciendo de mayor valor las especulaciones o expectativas eventuales del arrendatario.

Como reflexiones conclusivas, cabe aclarar que los remedios asociados a la excesiva onerosidad en el contrato de un arrendamiento de establecimiento comercial no son de aplicación automática. Por consiguiente, en caso el afectado opte por acudir a esta institución, no podrá suspender o descargarse de la renta por decisión propia. En cambio, el arrendatario tendrá la carga de activar su derecho potestativo a nivel judicial o arbitral (según sea el caso) para, solo en caso de obtener una sentencia constitutiva favorable, acceder a los remedios (conservativos y, subsidiariamente, extintivos) que la ley le reserva. Con todo, cabe precisar que, desde el punto de vista de la estrategia procesal, nada parece impedir que el inquilino solicite una medida cautelar encaminada a reducir temporalmente su obligación de pagar la renta mientras dure el proceso. En tal caso, corresponderá al juez analizar los requisitos de procedencia de semejante medida provisional.

Finalmente, en caso proceda la pretensión de modificación interpuesta por el arrendatario, el nuevo valor de la renta no debería cubrir únicamente el costo de mercado sobrevenido a causa del envilecimiento de la prestación del arrendador. En cambio, estimamos que la renta modificada debería reportarle al arrendador una utilidad razonable por la atribución patrimonial provocada. Solo de esta forma la readaptación del contrato estaría encaminada a asemejarse —aunque seguramente de manera muy imperfecta— a su equilibrio económico original, esto es, de manera estrictamente compatible «con la *ratio* económica del acuerdo» (Grondona, 2020).

### 2.3. Admisibilidad de la vía de la frustración de la causa del arrendamiento

Algunos sectores de la doctrina plantean flexibilizaciones excepcionales al *pacta sunt servanda* con base en reconstrucciones lógicas e institucionales que si bien no cuentan con un consagramiento normativo explícito, sí se cimientan visiblemente en el derecho positivo. Dentro de este grupo se encuentra la institución de la causa del contrato en el *civil law*, y el remedio comúnmente asociado a su frustración, la ineficacia funcional.

La causa contractual constituye una de las instituciones más controvertidas y complejas del derecho privado en general.<sup>62</sup> Tanto es así que, con la finalidad de explicar el estado de la sistematización teórica de la aludida institución, Giorgianni se ha valido de la imagen de una obra en fecundo movimiento, en la cual los nuevos materiales confluyen incesantemente para alimentar el esfuerzo de la construcción de un edificio el cual, aun apoyándose sobre vetustos y sólidos cimientos, no logra

---

<sup>62</sup> La polisemia que se predica de la causa obedece, entre otras circunstancias, al punto de referencia al que dicho elemento califica. Así, se suele hablar de la causa de la obligación y de la causa de la atribución patrimonial en vez de la causa del negocio jurídico. Sobre el particular, se ha sintetizado adecuadamente los diversos significados del término: (i) causa de la obligación, entendida como título o fuente del cual nace el referido vínculo jurídico; (ii) causa de las prestaciones o desplazamientos patrimoniales: son las justificaciones económico-materiales que fundamentan los movimientos de bienes o servicios entre los individuos; y, (iii) causa del negocio jurídico (Di Majo, 1988).

asumir todavía un claro contorno, a pesar de la maestría de los arquitectos y lo valioso de los materiales (Giorgianni, 1960).

Sin pretender ahondar en el desarrollo de la institución en el *civil law*, debemos señalar que la tendencia predominante es aquella que la concibe en términos de causa concreta o función económica-individual. Este concepto es explicado por su principal propulsor en los siguientes términos:

[...] en la compleja y detallada estructura de la regla privada que el contrato expresa, la causa se presenta como el elemento de cohesión de todos los demás elementos (primarios o secundarios que sean) de los que está compuesta la estructura; por otro lado, ya que el contrato expresa, precisamente, una reglamentación de privados intereses, la causa se presenta como el indicio de que dicha regla privada es la expresión objetivada de las finalidades subjetivas que los autores del contrato pretenden perseguir. En esta última acepción, la causa aparece como el elemento que enlaza técnicamente la entera operación económica contenida en el contrato, entendido en su globalidad, con los sujetos que son sus autores. En resumen, la causa, como función económica-individual, busca indicar la dimensión racional y razonable (Zweck y a la vez Grund, si así se puede decir) de la específica regla contractual a través de la cual las partes han ordenado sus específicos y concretos intereses, teniendo en cuenta, precisamente, la especificidad que, en concreto, los caracteriza. (Ferri, 2004)

En línea con esta tendencia, la doctrina contemporánea ha definido la causa concreta en términos de:

- (i) «la razón práctica del contrato, o sea, el interés que la operación contractual se dirige a satisfacer» (Bianca, 2007). Esta formulación incluye los intereses reales, concretamente perseguidos, más allá del tipo contractual. Así entendido, el fenómeno «constituye el fundamento de la relevancia jurídica del contrato», pues para que el contrato pueda ser considerado jurídicamente vinculante no es suficiente el acuerdo, sino que resulta necesario que este se justifique por un interés apreciable (Giorgianni, 1960).
- (ii) La «razón que concretamente justifica el particular contrato examinado, a la luz de las especificidades relevantes que lo caracterizan (el intercambio entre la cosa y el precio, en el particular contexto de circunstancias, finalidades e intereses en los cuales tales partes lo han programado)». En esta línea, la «causa del contrato comprende los intereses de la parte que el contrato debe asegurarle, porque forman la razón justificativa del contrato mismo». Si en un contrato de prestaciones recíprocas el intercambio se ve frustrado por algún evento, se dice que este afecta su causa: existe un defecto genético o funcional (Roppo, 2009).
- (iii) el plano logístico de la programación de intereses; es decir, la razón de funcionamiento de la operación económica o la función concreta del contrato. Semejante programación debe estar sostenida por presupuestos específicos; por ende, aseverar que la causa del contrato existe significa verificar que sus presupuestos funcionales subsistan y estén en capacidad de hacer realizable la función (Navarretta, 2006).

En sede nacional, se ha concebido la causa como la finalidad concreta, finalidad práctica, función económico-individual, interés concretamente perseguido, interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer o síntesis de los intereses (Morales, 2004).

Sintetizando el pensamiento de quienes apoyan su derecho de ciudadanía en el *civil law*, la causa concreta puede ser concebida como la función económica propia de cada operación contractual particular, la cual se reconstruye a partir de los criterios de interpretación (esto es, toma en cuenta el texto y contexto asociado al acuerdo, en tanto resulten jurídicamente relevantes según la común intención de las partes).

Generalmente, se considera que para ascender al plano causal el propósito de una parte debe ser conocido por la otra parte al momento de la celebración de aquel, ya sea porque ha sido expresado o bien porque de la naturaleza del contrato es evidente para un contratante razonable (Mombert, 2020). Este componente, denominado *causalización*, resulta fundamental para la integración de la causa concreta; y el plano de la distribución de riesgos determina qué propósitos frustrados producen consecuencias objeto de *compartimiento* jurídico-económico entre las partes. Así, a manera de ejemplo, en contraste con los intereses *causalizados*, quedaría relegada al plano de los motivos la falta de «disfrutabilidad subjetiva» *ex latere creditoris* (Scognamiglio, 2020).<sup>63,64</sup>

En el plano *inter partes*, una de las principales razones de ser de la causa es garantizar un mínimo de operatividad para el acto de autonomía privada (Scognamiglio, 2008).<sup>65</sup> Luego, si por circunstancias no imputables a las partes ni propias a sus esferas de riesgo la aludida funcionalidad se torna absolutamente irrealizable (o se ve socavada tan radicalmente como para equipararla a su irrealizabilidad absoluta), entonces el sistema legal debería proveer a las partes remedios jurídicos encaminados a liberarse de la relación contractual. Desde esta perspectiva, «si como consecuencia de un hecho externo, sobrevenido, imprevisible, cuyo riesgo no ha sido asumido por la parte afectada, la prestación que recibe ha perdido completa utilidad en relación con el propósito práctico perseguido con la ejecución del con-

63 Otras posiciones jurisprudenciales han preferido subsumir esta hipótesis en la categoría de la imposibilidad subjetiva (Di Mauro, 2020).

64 En cambio, podemos apreciar un ejemplo excepcional de relevancia jurídica de la falta de *disfrutabilidad* directa (sin la mediación de la obligación del mantenimiento en el uso) en el artículo 1203 del Código Civil y Comercial argentino, según el cual: «[s]i por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes».

65 Dicho de otro modo, las mencionadas tendencias permiten tutelar una gama de intereses (perseguidos en concreto por las partes) que podría resultar más amplia que aquel interés cristalizado en el esquema negocial típico. En tal sentido, un autorizado sector de la doctrina ha manifestado lo siguiente: «La nueva lectura del perfil causal del contrato [...] permite abarcar la complejidad de las operaciones creadas por los sujetos privados cuando éstas superan la dimensión estricta representada por el acto singular y abre la vía a la posibilidad de valorar en su concreción todos los intereses que entran a formar parte de la razón sustancial del negocio, independientemente de su presencia en el modelo legal típico elegido por las partes para disciplinarla» (Gabrielli, 2009).



trato, se habrá frustrado el fin del contrato, habiendo desaparecido la causa de su propia obligación» (Momborg, 2020).

Como se aprecia, antes que en la viabilidad del cumplimiento del deudor, la frustración del propósito se enfoca en la utilidad que el acreedor puede extraer del débito cumplido (Escobar, 2020). De esta reflexión se infiere una diferencia entre la teoría de la causa e hipótesis tales como el incumplimiento (sea o no imputable). Mientras estas últimas evalúan principalmente la posición del gravado con una situación jurídica de desventaja (el deudor obligacional), la teoría de la causa se enfoca *prima facie* en el análisis de la posición del beneficiario o titular de la situación jurídica de venta (el acreedor) de la relación jurídico-patrimonial. Como se aprecia, se trata de fenómenos relativos a polos opuestos de la relación jurídica. Por ende, al menos desde el plano teórico, el que la legislación faculte a un contrayente a aplicar un remedio asociado al mero incumplimiento, no debería necesariamente cerrarle la puerta al remedio ante la frustración causal.

La frustración de la causa no ha sido reconocida explícitamente por el legislador peruano de 1984, aunque sí se encuentra presente en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil creado por Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS. La disciplina propuesta para aquella categoría es como sigue:

#### Artículo 1372-A.- Frustración del fin del contrato

1. Si el propósito común perseguido por las partes del contrato se frustra definitivamente de forma sobrevenida por causa no imputable a aquellas, el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario.
2. Si la frustración es temporal, el contrato se resolverá de pleno derecho, solo si dicha temporalidad impide el cumplimiento oportuno de una obligación de carácter esencial.

A decir verdad, la falta de explicitación de la causa en el derecho positivo actualmente vigente en el Perú podría *castigar* las probabilidades de éxito de su invocación a nivel jurisdiccional. En ese sentido, el éxito de una parte en un litigio de esta naturaleza dependerá en gran medida de la formación, cualidades profesionales y apertura institucional de los jueces o árbitros que conozcan el caso. En nuestro país, interponer una demanda destinada a obtener remedios por frustración del propósito sería una suerte de apuesta, en tanto existe incerteza sobre si sería o no acogida por los órganos jurisdiccionales. Al respecto, un sector de la doctrina asevera que «se debería evaluar si la sociedad civil peruana estaría dispuesta a confiar la decisión de asuntos tan complejos a los órganos jurisdiccionales», y ello considerando que «la institución jamás ha gozado de presencia en la práctica jurisprudencial como herramienta conceptual para imponer la justicia contractual» (León, 2020).

Con todo, estimamos que en nuestro sistema legal resulta viable reconstruir el componente *causa* con base en una lectura sistemática de los artículos 140 inciso 3, 219 inciso 4, 1362 y 170 del Código Civil. Los dos primeros artículos otorgan jurídica relevancia al «fin» del acto de autonomía privada de cara a su validez. Se trataría entonces de un «fin» claramente ajeno al plano de los motivos psicológicos de los

contratantes y que cobra trascendencia a nivel legal. De manera complementaria, el artículo 1362 consagra la «común intención de las partes» como un elemento relevante en la celebración y en el desarrollo de la relación contractual, lo cual supone la potencialidad de aquel criterio como fuente de integración del contrato con reglas no estipuladas por las partes (a manera de *implied conditions*). Finalmente, aunque con una redacción un tanto polisémica, el criterio interpretativo teleológico regulado en el artículo 170 del Código Civil con toda probabilidad atribuye jurídica relevancia en el plano hermenéutico a la institución que nos convoca.

En el Perú, las soluciones a las hipótesis de frustración del propósito clásicamente configuradas —como en el famoso caso de la coronación *Krell v. Henry* (1903)— podrían ser inferidas a partir de una aplicación analógica de los artículos 1372, 1433, 1316 y 1362 del Código Civil peruano. En efecto, del artículo 1372 se puede inferir que el legislador respalda la resolución del contrato por un evento sobreviniente lo suficientemente importante como para justificar la desvinculación.<sup>66</sup> Por su parte, los artículos 1433 y 1316 no requieren un escenario de defunción absoluta de los intereses o utilidades de las partes (como correlato de la imposibilidad total y permanente de la obligación) para provocar el efecto extintivo. A tal propósito, basta únicamente la lesión (o frustración) del interés contractual jurídicamente relevante de alguno de los contrayentes. Finalmente, el artículo 1362, como ya se mencionó en el párrafo anterior, podría integrar el contenido del contrato con reglas no escritas, como aquella regla que avala su extinción por decaimiento de la causa.

Pasando a otro punto, puede dudarse de si las hipótesis de frustración de la causa temporal (antagónicas a la irrealizabilidad definitiva) justifican o no la concesión de remedios jurídicos. Al respecto, se tiene que el artículo 1372-A del Anteproyecto de Código Civil peruano niega remedio jurídico alguno para la parte afectada, con la frustración temporal salvo cuando el evento impacta en el cumplimiento de «una obligación de carácter esencial». Esta regla se encontraría en sintonía con el carácter excepcional del remedio, reservado para aquellos escenarios graves donde la turbación del propósito contractual sea absolutamente material. Luego, frustración temporal *per se* no sería una genuina hipótesis de frustración.

En contraste con esta tendencia, se ha aseverado que, al igual que ocurre ante la fuerza mayor de carácter transitoria, las obligaciones afectadas por la frustración temporal deben quedar suspendidas hasta que cesen tales circunstancias (Momborg, 2020). Como se aprecia, esta posición asigna a la frustración temporal el remedio jurídico de la suspensión.

---

<sup>66</sup> En este caso, consideramos que el remedio jurídico más adecuado para la parte afectada es un derecho potestativo resolutorio de actuación jurisdiccional, antes que una extinción automática del vínculo. Esta última podría no ser adecuada como regla dado que un contrato hipotéticamente frustrado podría aún —al menos en teoría— ser materialmente ejecutado a favor de la parte afectada con la frustración. En tal contexto, podría ser conveniente concederle a la parte lesionada la oportunidad de evaluar la situación y reasignar los bienes (en abstracto carentes de utilidad) que su contraparte aún es capaz de proveer. Dicha reasignación, que podría ocurrir a través de una cesión de posición contractual, sería socialmente beneficiosa en tanto permitiría conservar la relación contractual sin trasladar ni siquiera parcialmente costos de la frustración del fin a la contraparte.



Como se advierte, más allá de las dudas —superables, a nuestro parecer— sobre si es viable acudir a la frustración de la causa en el Perú, existen ulteriores interrogantes sobre si un supuesto de frustración temporal de la causa merece la concesión a la parte afectada de remedios jurídicos como la resolución, e incluso más dudas sobre si en esta hipótesis el remedio jurídico puede estar dado por la suspensión. Una dilucidación de esta naturaleza escapa de los propósitos de este artículo. En este punto, nos limitaremos a decir que el asesor legal encargado de plantear las probabilidades de éxito de una estrategia que comprenda la suspensión por frustración temporal de la causa tendría que emplear una triple factorización de contingencias. Y ello, desde luego, no haría que las probabilidades de éxito del caso planteado sean precisamente altas.

Con todo, superando las cortapisas descritas para la institución en general, estimamos que las tutelas asociadas a la frustración de la causa deberán activarse a nivel de una acción jurisdiccional, con el fin de permitir un adecuado análisis de la configuración de sus requisitos por los tribunales. En otras palabras, en estas hipótesis se encontraría excluida la autotutela, quedando gobernado el íterin de la ejecución contractual por el principio *pacta sunt servanda*.

Tras haber desarrollado este breve marco teórico, es menester afirmar que, en el caso que nos ocupa, la causa concreta del arrendamiento comercial se encuentra configurada por un intercambio económico funcional entre dos componentes que, sintetizados mínimamente, pueden ser concebidos de la siguiente forma:

- (i) Primero, por el lado del arrendatario, el interés en la disponibilidad de las Funciones relacionadas con el establecimiento que resulten jurídicamente relevantes (esto es, aquellas Funciones atribuidas al local en virtud del pacto o circunstancias concluyentes, inferidas tanto del tipo legal o, en fin, derivadas de los usos y costumbres u otras fuentes heterónomas). En cambio, no podría válidamente afirmarse que la causa concreta del arrendamiento está integrada por la obtención, por el inquilino-empresario, de flujos económicos derivados de su actividad comercial. Y es que el riesgo empresarial del éxito del negocio montado pesa sobre el arrendatario y lo acertadas de sus decisiones. El arrendador no es ni asegurador ni socio de la «mala suerte» de su contraparte y, salvo pactos expresos en contra, no está obligado a actuar como tal.
- (ii) Segundo, por el lado del arrendador, el interés en la obtención del lucro cuantificado en el contrato a manera de rentas periódicas.

Un ejemplo podría ayudarnos a clarificar la aplicación de la causa a la situación descrita. Supóngase que el arrendatario «Z» celebra con el propietario «A» un contrato en virtud del cual el primero se obliga a pagar una renta mensual de S/1000,00 a cambio de la utilización temporal de un *stand* comercial por un corto plazo, para la venta de productos no esenciales. Aquel propósito del activo, evidente para «A», influyó determinadamente en la economía del contrato. Ello no solo bajo los términos y condiciones negociados y consensuados, sino también con base en las características del bien (*stand* comercial de temporada), en su utilidad preexistente, ubicación y en el hecho de que la renta remuneraba también la autorización de acondiciona-

mientos que solo tenían sentido si el local servía para su destino específico. El plazo del contrato empezó a correr el 24 de febrero de 2020 y se debía prolongar hasta el 24 de junio de dicho año.

Es el caso que, a partir del 16 de marzo de 2020, Z se vio imposibilitado de atender al público y organizar el proceso productivo físico en el *stand*, con una prohibición que se mantuvo hasta el 30 de junio del mismo año. Fuera de ello, existían Funciones Legales que, *per se* consideradas, revestían valor económico, tales como la custodia de equipos, instrumentos y la publicidad externa favorable a terceros. Finalmente, las partes estuvieron en capacidad de conocer que el evento generador se habría de proyectar durante la totalidad (100 %) del plazo del arrendamiento (hasta el 24 de junio).

En el caso descrito, la causa concreta del contrato de arrendamiento (o al menos aquella fase de la causa en que radicaba esencialmente el interés Z) se ha visto frustrada. En efecto, el propósito jurídicamente relevante del arrendatario en la obtención de las Funciones asociadas a la *utilizabilidad* del *stand* se ha vuelto irrealizable con la ilegalidad sobreviniente de las Funciones más esenciales. Esta vicisitud reviste indudable materialidad también si se aprecia la duración global del arrendamiento (hasta el 24 de junio). Por lo expuesto, el arrendatario del *stand* se encontraría en capacidad de invocar la aplicación analógica e integrativa de los artículos 1362, 1372 y 1433 del Código Civil para demandar la resolución del contrato de arrendamiento.

En caso las medidas gubernamentales hubiesen afectado solo de manera incidental *ratione temporis* el interés del inquilino en obtener las Funciones del *stand* (digamos que ello ocurre respecto a un solo fragmento que representa el 3 % de la totalidad de la prestación a cargo del arrendador), sería inviable acudir al remedio resolutorio, a lo que se aúna la improbabilidad práctica de acoger el remedio de la suspensión, por las razones expuestas en el este apartado.

### **3. Reflexiones finales y alternativas para una eventual renegociación consensual**

Bajo el principio *pacta sunt servanda*, las consecuencias de la pandemia de COVID-19, como regla, no excusan ni liberan al inquilino del establecimiento comercial de su obligación de honrar el arrendamiento y pagar la renta, tal cual fue originalmente acordada. Si el arrendatario incumple dichos compromisos, asumirá consecuencias jurídicas que podrían terminar siendo más graves que pagar temporalmente rentas por mantener la posesión de un local sin operatividad comercial.

Ahora bien: en caso se configuren los requisitos circunstanciales excepcionales desarrollados en el presente artículo, el ordenamiento jurídico peruano pone a disposición del arrendatario del local comercial los remedios asociados a:

- (i) Primero, la imposibilidad parcial de la obligación de mantenimiento en el uso (evaluada respecto a cada uno de los fragmentos prestacionales unitarios impactados en que se divide la relación arrendaticia);

- (ii) Segundo, la excesiva onerosidad de la prestación (en su modalidad invertida o indirecta);
- (iii) Tercero, y con las anotaciones que hemos visto y retomaremos en seguida, la frustración de la causa concreta.

A causa de la falta de regulación normativa de la última institución, el acogimiento de una demanda que se base en la frustración de la causa dependerá de la formación y apertura de los tribunales jurisdiccionales que conozcan el caso. Ello a pesar de que dicha institución cuenta con reconocimiento institucional, con anclajes normativos en el Código Civil de 1984 y que posiblemente sea consagrada positivamente en una eventual reforma de la legislación vigente.

La utilidad de los remedios que el sistema peruano presta al inquilino no reside únicamente en la satisfacción de la posición sustancial de los arrendatarios afectados. En cambio, dicha utilidad pasa por constituir un *leverage* que le permitirá al arrendatario potenciar una renegociación de los términos comerciales del arrendamiento, considerando la solución que hipotéticamente habría tenido su pretensión a ojos de los tribunales. Más en general, la solución que hipotéticamente habría brindado el sistema legal resulta trascendente para los agentes económicos no solo porque una eventual composición *inter partes* de la controversia es coyuntural (pudiendo finalmente no darse), sino también porque solo una correcta evaluación del derecho vigente puede establecer seriamente las fortalezas y debilidades reales con las que cuentan las partes a la hora de afrontar una negociación directa.

Desde el punto de vista puramente legal, no se puede excluir el surgimiento de un eventual deber de renegociación para las partes de relación arrendaticia — en particular, para el arrendador—. En efecto, con base en la cláusula normativa general de buena fe, salvo que exista una «pretensión puramente oportunista» del inquilino (Roppo & Natoli, 2020), el arrendador no podría razonablemente rechazar automáticamente una propuesta de tratativa con un inquilino afectado sensiblemente en la *utilizabilidad* del establecimiento a causa de la pandemia de COVID-19.

Al respecto, en nuestro medio se ha aseverado lo siguiente:

[...] existe el deber legal de renegociar siempre que se compruebe: (i) la existencia de un contrato de duración, y en concreto, ante un contrato de obra; (ii) exista un supuesto de dificultad, que podría traducirse como un caso imprevisible o extraordinario que impide la culminación de la prestación a cargo de una de las partes; y, (iii) que la intención de las partes haya sido el concluir el contrato a través de la regulación de sus intereses en el programa contractual; asimismo, se debe priorizar el principio de conservación del contrato como pilar fundamental de una relación de duración. Si concurren estos elementos, podrá invocarse la renegociación del contrato al amparo de la buena fe contractual. (Buendía, 2017)

El deber de renegociar un contrato configura una obligación de medios, cuyo contenido es la diligencia. Si bien la ejecución forzada en este tipo de situaciones suele ser excluida por los sistemas legales, esta obligación —como la universalidad

de obligaciones— será susceptible de incumplimiento<sup>67</sup> y este último gatillará una serie de remedios jurídicos contra la incumplidora.

Ahora bien: desde el punto de vista de la conveniencia (quizás incluso más importante en este punto que la perspectiva puramente legal y aun considerando que esta última sí permite deducir del sistema remedios específicos), una renegociación voluntaria de los términos y condiciones del arrendamiento parece ser la mejor alternativa para las partes.

En efecto, según consideramos, la renegociación del arrendamiento bajo un criterio estrictamente comercial, y previo al ejercicio de cualquier eventual remedio asignado por el sistema legal, sirve a los intereses del arrendador, del arrendatario e incluso a intereses comunes.

Respecto al primer grupo, una renegociación le permite al arrendador (i) fidelizar a los buenos clientes y a aquellos con quien desea conservar una proyección de negocios (también aquellos negocios pertenecientes a diversas líneas) a mediano y largo plazo; (ii) ahorrar los costos de recolocación del bien en un mercado deprimido, como el actual (Salanito, 2020); y, en fin, (iii) mitigar el riesgo de conductas estratégicas (incumplimientos irregulares) futuras de una contraparte contractual como el arrendatario, quien halla en la posesión del local comercial una posición de ventaja fáctica fortísima.<sup>68</sup> Ello más aún considerando los inconvenientes asociados al desalojo en nuestro país, los cuales se ven incluso más acentuados durante la emergencia sanitaria.

La renegociación también es positiva para el arrendatario no solo porque, como es evidente, reduce su —potencialmente grave— deterioro patrimonial ante los impactos de la pandemia, sino también porque le permite: (i) mantener la disponibilidad del bien con miras a retomar la actividad productiva (Salanito, 2020); (ii) evitar costos, tales como aquellos asociados a la negociación de un nuevo contrato de arrendamiento para canalizar su actividad comercial y tales como el desmontaje de instalaciones propias y acondicionamiento del nuevo local; (iii) reduce la pérdida de intangibles asociados a la explotación del activo en curso, tales como la descapitalización por desaparición de la curva de aprendizaje obtenida respecto al personal que opera en el establecimiento y, principalmente, la dilución del *derecho de llave* eventualmente obtenido por la explotación constante del establecimiento.

La renegociación resulta conveniente para ambas partes en tanto: (i) les permite evitar las consecuencias eventualmente desfavorables de una regulación legal *ad-hoc*; (ii) les evita la necesidad de participar en un proceso judicial o arbitraje largo y/o costoso y con inciertas probabilidades de éxito; (iii) se encuentra favorecida por los bajos costos de transacción que existen entre arrendador y arrendatario;<sup>69</sup> y, (iv) les permite

67 Para las conductas equiparables al incumplimiento del *fair dealing* en una negociación, que pensamos es un deber en más de un sentido similar al de renegociación, véase Farnsworth (1987). Empero, ambas categorías hallan una diferencia no solo en la etapa de operatividad, sino en las diferencias respecto a su naturaleza jurídica.

68 En efecto, una vez ejecutada la entrega del bien a favor el inquilino (o sea, una vez que este pasa a ser poseedor), este cuenta con un *leverage* importante frente a la ocurrencia de conductas estratégicas.

69 Es precisamente este escenario de bajos costos de transacción (que les permitió a las partes hallar el punto de equilibrio entre sus valoraciones subjetivas respecto a las prestaciones contractuales,

eventualmente retener parte de las ventajas que el contrato les habría atribuido considerando su ejecución global, en el sentido de que si las dos partes estaban *in the money* con el arrendamiento, es probable que sea ociosa cualquier regla de derecho «porque las partes llegarán a un acuerdo siempre que COVID-19 no les impida hallar la fórmula en la que los dos vuelvan a estar *in the money*» (Carrasco, 2020). En fin, una negociación voluntaria permite que las partes conserven su relación comercial y se enfoquen en su giro de negocio antes que en un tortuoso conflicto legal.

Consideramos que, previo a un eventual ejercicio de los remedios legales examinados en el este trabajo, los asesores legales de ambos contratantes deberían tener en cuenta consideraciones como las expuestas anteriormente al momento de ofrecer a sus clientes (sean arrendadores o arrendatarios) alternativas de solución. En cambio, pretender sustentar salidas legales unívocas en un escenario tan complejo y limítrofe como el que nos convoca podría no ser la mejor opción.

Una eventual negociación entre arrendador y arrendatario podría suponer la resolución consensual del arrendamiento, en tanto su continuidad bajo el escenario actual podría ya no reportar los beneficios deseados a las partes. En contraste con ello, estas últimas tendrían la posibilidad de optar por el mantenimiento de la relación arrendaticia ajustando sus términos comerciales por los períodos impactados. A tales fines, la realidad enseña que se han venido dando ciertas soluciones consensuales provisionales para afrontar la crisis (Soria & Gonzales, 2020).

En nuestra opinión, las eventuales posturas en la renegociación conservativa del arrendamiento comercial podrían ser de distinta índole y magnitud, pero siempre con naturaleza provisional.

(i) Primera alternativa. Otorgar al inquilino una suspensión del pago de la renta con impacto puramente financiero.

Esta opción, que parece ser la más conservadora para el arrendador, no implicaría descargar al arrendatario de su compromiso de pagar las rentas correspondientes a los períodos en que haya sido imposible la disponibilidad integral de las Funciones del bien. Los pagos de la renta correspondientes a dichos períodos solo quedarían postergados y volverían a ser exigibles cuando el inquilino reanude la explotación del establecimiento arrendado; o, alternativamente, en una fecha razonable más tardía fijada consensualmente.

Bajo esta opción, el arrendador asumiría una parte de los costos del impacto de la pandemia en el contrato del arrendamiento: el costo de oportunidad de las rentas dejadas de percibir con sujeción al cronograma de pagos originalmente convenido. En términos financieros, la situación sería idéntica al hecho de que el arrendador financiara temporalmente sin intereses el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte.

---

situación que viabilizó la celebración del contrato de arrendamiento original) lo que les permitirá con relativa facilidad renegociar el arrendamiento de una forma tal que se mantengan —en la medida de lo practicable— los beneficios bilaterales de su ejecución. Para tal efecto, no es necesario que las partes conozcan la estructura de costos de sus contrapartes respectivas (de hecho, esto no ocurre en ninguna negociación de la praxis transaccional); solo basta que lleguen a un punto en el que ambas se beneficien y que negocien libremente sin restricciones legales.

En este caso, el arrendador podría querer contar con un respaldo patrimonial (probablemente sin costo financiero asociado) respecto al pago futuro de las rentas diferidas. Así, el titular del bien podría solicitar al arrendatario la obtención del respaldo de un tercero solvente a través de una fianza solidaria e ilimitada por las obligaciones del deudor emanadas del contrato de arrendamiento resultante de la renegociación.

- (ii) Segunda alternativa. El descargo parcial de aquellas rentas que el arrendatario debía por los períodos de perturbación en la disponibilidad de las Funciones vinculadas al establecimiento.

Bajo esta alternativa, los contrayentes comparten el riesgo de la imposibilidad jurídica de mantenimiento en el uso de las Funciones Ilegales del establecimiento. Para tal efecto, podrían acordar que el descargo parcial aludido en el pago de la renta opere de alguna de las dos siguientes formas:

a) Reducción cuantitativa aplicada al interior de cada fragmento unitario de la relación arrendaticia. Se trataría de una reducción únicamente de la renta correlacionada con el menoscabo acontecido a causa de la Función ausente por haberse tornado imposible (Función Ilegal). Dicho cálculo debería considerar, por un lado, la sinergia primitiva decaída respecto a la operatividad primigenia del inmueble y, por el otro, un margen razonable de utilidad a favor del arrendador por la disponibilidad de las Funciones Legales —en tanto los contratos de intercambio no son juegos de suma cero (0)—.

Como se aprecia, en este extremo las partes acuerdan que el inquilino seguirá pagando la cuantificación acordada de la *utilizabilidad* del establecimiento que no se ha vuelto imposible (esto es, el valor de las Funciones Legales) para cada fragmento prestacional unitario en que se divide la prestación global de mantenimiento en el uso.

Si bien resulta impracticable brindar un criterio aritmético de reducción aplicable a la universalidad de contratos comerciales de arrendamiento, las sugerencias de un especialista contemporáneo pueden arrojar un criterio inicial. En efecto, el mencionado autor aconseja que, en estos escenarios, una de las posibilidades pasaría por:

otorgar al conductor [*arrendatario*], interesado en continuar con la locación en vista de la «reapertura», una reducción del canon por el tiempo de imposibilidad de utilizar el inmueble (¿de cuánto? En ausencia de otros criterios más apropiados y atendibles, diría que del 50%, expresión aritmética de una «solidaridad» perfectamente paritaria). (Roppo, 2020) (Corchetes agregados)

b) Reducción en razón del tiempo de la relación arrendaticia. Esta reducción ya no opera al interior de cada fragmento unitario de la relación contractual, sino que se manifiesta como una liberación temporal de aquellas rentas debidas por una parte fija de la universalidad de períodos impactados con la ilegalidad de las Funciones asociadas al inmueble.

De esta forma, si la relación arrendaticia se fragmentó en 20 períodos, de los cuales por lo menos 6 se encuentran impactados por la merma en la *utilizabi-*



lidad del local, las partes podrían convenir en que el inquilino no deberá las rentas por 3 períodos, siendo que, a partir del cuarto período, se reanudará con certeza la exigibilidad de la obligación de pago de rentas. Y dicha reanudación operará al margen del levantamiento de las medidas gubernamentales de contención del COVID-19 (y la imposibilidad de explotación asociada).

- (iii) Tercera alternativa. Descargar totalmente al inquilino del pago de las rentas durante la perturbación en la disponibilidad de las Funciones vinculadas al establecimiento.

Esta es la medida más favorable al arrendatario, pero podría ser la menos recomendable para el arrendador. En efecto, salvo por fuertes intereses comerciales (como el de evitar la resolución del arrendamiento, fidelizar buenos clientes o mantener operaciones cruzadas en distintas líneas de negocios), no parece probable que el arrendador esté dispuesto a aceptar *prima facie* una solución consensual de esta naturaleza.

Ello en la medida en que, en semejante escenario, el arrendador absorberá una gran parte de un riesgo ocasionado por las medidas legales COVID-19. Como se ha visto, dicha asignación no se produciría ni con el remedio legal más pesimista que, según lo analizado en el este trabajo, le correspondería al arrendatario. De proceder así, el arrendador podría estar *desvistiendo a un santo* —quien probablemente necesitaba urgentemente la ropa— *para vestir a otro* —quien probablemente no la necesitaba con tanta urgencia—.

Del mismo modo, bajo esta tercera alternativa, el arrendador estaría atribuyendo gratuitamente al arrendatario las Funciones Legales económicamente valiosas relacionadas con el establecimiento, lo cual no se condice con la lógica sinalagmática del arrendamiento.

A la luz de lo mencionado, si el arrendador decidiese optar por este esquema, podría desear plantear el «estado de suspensión bilateral de la relación contractual, que perdure por todo el estado de emergencia, terminado el cual el deudor pueda, ejecutando su propia prestación, reactivar su ritmo regular de ejecución» (Benedetti, 2020). Semejante estado provisional implicaría que el titular del bien (arrendador) retome el control fáctico de aquel y, con ello, recupere temporalmente la capacidad de maniobra sobre su valor económico asociado. De manera correlativa, ello supondría para el arrendatario asumir sobrecostos como el desmontaje de sus instalaciones y, eventualmente, la exposición del *derecho de llave*.

Finalmente, las partes deberían decidir el destino de los períodos impactados respecto a la totalidad de la duración de la relación arrendaticia. La alternativa que parece preferible es la eliminación de dichos períodos afectados y no la ampliación del plazo del contrato de arrendamiento.

- (iv) Cuarta alternativa. Optar provisionalmente por alguna de las tres alternativas consensuales anteriores con el compromiso de volver a revisar dicha solución dentro de un plazo fijo máximo.

En fin, las partes podrían desear optar por adoptar provisionalmente alguno de los mecanismos anteriormente expuestos y, a la vez, fijar un plazo a la espera de que la realidad se aclare y puedan renegociar el destino del remanente de

la relación arrendaticia. Como resulta evidente, si el impacto negativo en la *utilizabilidad* se disipa (o se tiene visibilidad cierta de que ello ocurrirá) previo a la culminación del referido plazo fijo, la ejecución normal del arrendamiento podría ser anticipadamente reanudada.

Finalmente, es menester señalar que, en el marco de la negociación directa, las partes podrían desear blindar los acuerdos comerciales a los que arriben mediante una transacción extrajudicial.

## Referencias

- Albiñana, I. (2018). La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 115-140.
- Arias Schreiber, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Normas Legales.
- Arias Schreiber, M. (2015). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*, 4. Lima: Thomson Reuters.
- Benedetti, A. M. (2020). Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto. Recuperado de: <http://giustiziaticivile.com/pdfpage/2264>
- Bianca, M. (1990). *Diritto civile 5. L'obbligazione*. Milán: Giuffrè.
- Bianca, M. (2007). *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bianca, M. (2012). *Diritto Civile 5. La responsabilità*. Milán: Giuffrè.
- Bigio, J. (1995). *El contrato de arrendamiento. Exposición de motivos oficial del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Buendía, E. (2016). La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada. En *Thēmis-Revista de Derecho*, (70), 165-181.
- Capozzi, G. (1988). *Dei singoli contratti*, (1). Milán: Giuffrè.
- Carrasco, A. (2020). Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto. Recuperado de: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Locales\\_de\\_negocio\\_cerrados\\_por\\_COVID-la\\_barbarie\\_o\\_el\\_lobby\\_hacen\\_su\\_agosto.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Locales_de_negocio_cerrados_por_COVID-la_barbarie_o_el_lobby_hacen_su_agosto.pdf)
- Carrasco, A. (2020). Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y la fuerza mayor. Recuperado de: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame\\_que\\_le\\_cuenta\\_la\\_verdad\\_sobre\\_COVID-19\\_y\\_fuerza\\_mayor.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf)
- Castillo, M. (2010). *Tratado de los contratos típicos*, 1. Lima: Palestra.
- Chávez, C. (2020). El COVID-19 y su impacto en los contratos. Recuperado de: <https://www.facebook.com/watch/?v=281859999513411>



El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales:  
evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución

Cuenas, M. (2020). Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución. Recuperado de: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/26/pandemia-por-coronavirus-y-contratos-de-arrendamiento-propuestas-de-solucion/>

Cuffaro, V., Calvo, R., & Ciatti, A. (2014). *Della locazione. Disposizioni generali*. Milán: Giuffrè.

Cuffaro, V. (2020). Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia. Recuperado de: <http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/editoriali/le-locazioni-commerciali-e-gli-effetti-giuridici-dellepidemia>

D'Auriol, J. (2020). El pago de la renta en el contrato de arrendamiento en tiempos del coronavirus. Recuperado de: <http://agnitio.pe/articulos/el-pago-de-la-renta-en-el-contrato-de-arrendamiento-en-tiempos-del-coronavirus/>

De la Maza, I., & Ulloa, P. (2018). La tutela del arrendatario frente a las turbaciones jurídicas en el arrendamiento de inmuebles. En *Ius et Praxis*, 24 (3), 765-800.

De la Maza, I., & Vidal, A. (2020). Arrendamientos comerciales y caso fortuito. Recuperado de: <https://idealex.press/opinion/columnas/arrendamientos-comerciales-y-caso-fortuito/?fbclid=IwAR1veKjSFpVHK5LkqA0YOUMep-9BfCoIRK7ZPaXh9ry3Ny-jvakEHWjJC8A>

De la Puente, M. (s. f.). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, 3. Lima: Palestra.

Di Majo, A. (1988). Causa del negozio giuridico. En *Enciclopedia Giuridica*, 4. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, s/p.

Di Mauro, A. (2020). Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Recuperado de: <http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/editoriali/pandemia-e-contratto-spunti-di-riflessione-tema-di-impossibilita>

Dolmetta, A. A. (2020). Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandémico. Recuperado de: <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1210.pdf>

Escobar, F. (2020). Limitaciones de la fuerza mayor y la excesiva onerosidad. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=JT6U9QRcJxw>

Farina, J. (1993). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea.

Farnsworth, E. A. (1987). Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, 87 (2), pp. 217-294.

Fernández, G. (2020). Los contratos civiles (arrendamiento) dentro del estado de emergencia generado por el COVID-19. Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=KlBA4\\_6Yv60](https://www.youtube.com/watch?v=KlBA4_6Yv60)

Ferri, G. B. (1966). *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*. Milán: Giuffrè.

Ferri, G. B. (2004) De la cláusula «rebus sic stantibus» a la resolución por excesiva onerosidad. En L. León, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, pp. 1055-1088. Lima: ARA.

- Ferri, G. B. (2004). La presencia «invisible» de la causa del contrato. Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno. En F. Escobar, L. León, E. Palacios & R. Morales, *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Libro en memoria de Lizardo Taboada Córdova* (pp. 265-283). Lima: Grijley.
- Forno, H. (2004). Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno. En F. Escobar, L. León, E. Palacios & R. Morales, *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Libro en memoria de Lizardo Taboada Córdova* (pp. 511-584). Lima: Grijley.
- Gabrielli, G. (2009). *Doctrina general del contrato*. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria.
- Gabrielli, E. (2016). *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*. Buenos Aires: Albeledo Perrot.
- Giorgianni, M. (1960). Voz «Causa (Diritto privato)». En *Enciclopedia del Diritto*, V (pp. 547-576). Milán: Giuffrè.
- Gonzales, G. (2019). El contrato de arrendamiento en el Perú. En *El contrato de arrendamiento* (pp. 9-157). Lima: Gaceta Jurídica.
- Grondona, M. (2020). Dall'emergenza sanitaria all'emergenza económica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione. *Attualità Jurídica Iberoamericana*, (12), 314-325.
- León, L. (2000). Las casas infestadas por espíritus y el derecho a la resolución del contrato de arrendamiento. *Derecho & Sociedad*, (14), 247-256.
- León, L. (2020). COVID-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil: entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales>
- Macario, F. (2006). Le sopravvenienze. En V. Roppo, *I rimedi, Trattato del contratto* (pp. 495-516), 5(2). Milán: Giuffrè.
- Mejorada, M. (2020). Derecho civil ante la emergencia. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9362/derecho-civil-ante-la-emergencia>
- Méndez, M. (2000). *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Mirabelli, G. (1972). *La locazione*. Turín: UTET.
- Momberg, R. (2020). La obligación del arrendatario durante la pandemia por coronavirus. Recuperado de: <https://www.alessandri.legal/obligacion-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus/>
- Morales, R. (2004). La causa del contrato en la dogmática jurídica. En F. Escobar, L. León, E. Palacios & R. Morales. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Libro en memoria de Lizardo Taboada Córdova* (pp. 285-459). Lima: Grijley.

El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales:  
evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución

Navarretta, E. (2006). Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo. *Revista de Derecho Privado*, 11, pp. 57-77.

Navarretta, E. (2007). Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione. *Rivista di Diritto Civile*, 6, pp. 823-842.

Neme, M. (2018). *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*. Bogotá: Externado.

Osterling, F., & Castillo, M. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra.

Pagliantini, S. (2011). Dell'impossibilita sopravvenuta. En E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile* (pp. 495-516). Turín: UTET.

Pantaleón, F. (2020). Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales. Recuperado de: <https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales>

Perlingieri, P. (1980). *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. (4). Turín: UTET.

Pothier, R. (1859). *Tratado de la locación*. Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger.

Pozo, J. (2020). Situación de los contratos de arrendamiento: una mirada panorámica a los supuestos y en favor del interés público. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9541/situacion-de-los-contratos-de-arrendamiento-una-mirada-panoramica-a-los-supuestos-y-en-favor-del-interes-publico>

Roppo, V. (2009) & Natoli, R. (2020). Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica. Recuperado de: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppo-e-roberto-natoli>

Roppo, V. (2009). *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sacco, R., & De Nova, G. (2016). *Il contratto*. Turín: UTET.

Salanitro, U. (2020). La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus. Recuperado de: [http://www.dirittoegiustizia.it/news/11/0000098468/La\\_gestione\\_del\\_rischio\\_nella\\_locazione\\_commerciale\\_al\\_tempo\\_del\\_coronavirus.html](http://www.dirittoegiustizia.it/news/11/0000098468/La_gestione_del_rischio_nella_locazione_commerciale_al_tempo_del_coronavirus.html)

San Martín, L. (2020). Contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia. Recuperado de: [https://www.facebook.com/watch/live/?v=2523782287937624&ref=watch\\_permalink](https://www.facebook.com/watch/live/?v=2523782287937624&ref=watch_permalink)

Scognamiglio, C. (2008). Contratos de empresa y voluntad de los contratantes. *Revista de Derecho Privado*, 15, 27-40.

Scognamiglio, C. (2020). L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista? Recuperado de: <http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/editoriali/lemergenza-covid-19-quale-ruolo-il-civilista>

Soria, F., & Gonzales, A. (2020). ¿Qué hago con la renta de mi contrato de alquiler?: Covid-19 y algunos escenarios generados en contratos de arrendamiento de locales comerciales.

Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2020/04/05/que-hago-con-la-renta-de-mi-contrato-de-alquiler-covid-19-y-algunos-escenarios-generados-en-contratos-de-arrendamiento-de-locales-comerciales/>

Torres, A. (2020). Excesiva onerosidad de la prestación. Recuperado de: <http://www.ettorresvasquez.com.pe/excesiva-onerosidad-de-la-prestacion.html>

Tribunal Supremo Español. (2014). Sentencia de 15 de octubre de 2014.

Tribunal Supremo Español. (2018). Sentencia de 21 marzo de 2018.

Trimarchi, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milán: Giuffrè.

Trimarchi, M. (2013). La locazione. En P. Perlingieri, *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Troplong, R. (1859). *Permuta e della locazione*. Nápoles: Dallo Stabilimento dell'Antologia Legale.

Unidroit (2016). *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Roma: UNIDROIT. Recuperado de: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

Vásquez, W. (2017). Los contratos de construcción. La figura del contratista y su relación con el riesgo. *Revista de Actualidad Mercantil*, 5, 53-74.

Vásquez, W. (2019). Resiliencia contractual. La cláusula *continued performance* (o *keep working*) en los contratos de construcción. Recuperado de: <https://ius360.com/columnas/resiliencia-contractual-la-clausula-continued-performance-o-keep-working-en-los-contratos-de-construccion-walter-vasquez/>

Vega, Y. (2020). El coronavirus y los contratos de arrendamiento. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9427/el-coronavirus-y-los-contratos-de-arrendamiento>

Zatti, P. (2012). *Manuale di diritto civile. Dall'università alla professione*. Padua: Cedam.

# **Impacto del aislamiento social obligatorio en los contratos de arrendamiento de viviendas\***

*Lorena Guardia Muguruza*  
Pontificia Universidad Católica del Perú

---

\* Este artículo fue redactado antes del 8 de junio de 2020.



El aislamiento social obligatorio dictado por el Gobierno peruano para evitar la propagación del COVID-19<sup>1</sup> ha generado un duro golpe para diversos sectores de la economía del país. De acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, más del 60 % de empresas del sector formal no pueden operar durante la cuarentena, lo cual ha afectado a 1,7 millones de trabajadores formales. Además, alrededor de 7000 empresas han solicitado suspensiones perfectas de labores, lo que ha significado la suspensión de más de 84 mil empleos (IPE, 2020). Respecto al sector informal, que para el 2018 ya suponía más del 70 % de la población económicamente activa, es de esperarse que, debido al prolongado aislamiento social, los indicadores de informalidad laboral se deterioren, particularmente en aquellas actividades y sectores que dependen de grandes cantidades de personas (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 7).

Por lo antes expuesto, es claro que este es un contexto que inevitablemente repercute en las obligaciones contractuales, teniendo especial relevancia aquellas que se desprenden de los contratos de arrendamiento con fines habitacionales, dado que, por la naturaleza de la pandemia, es indispensable el aislamiento social. Por ello, ante la falta de pago por parte de los arrendatarios, quienes no poseen los recursos económicos suficientes para cumplir con las rentas pactadas, se han propuesto diversas soluciones para la asignación de riesgos. Estas se dividirán en dos grupos para efectos de un mejor análisis: i) la aplicación de excusas contractuales establecidas en el Código Civil peruano (CC) frente a la situación de incumplimiento, y ii) la adopción de medidas extraordinarias a través de nuevas propuestas legislativas que imponen la carga del riesgo exclusivamente al arrendador.

En este artículo se explicará por qué las excusas contractuales establecidas en el CC, tales como el caso fortuito o fuerza mayor y la excesiva onerosidad de la prestación, no son aplicables al caso de estudio. Así mismo, se analizarán los proyectos de ley que han buscado resolver esta situación, develando una constante entre todos

---

1 Mediante Decreto de Supremo N° 044-2020-PCM, que entró en vigencia el 16 de marzo de 2020, se declaró el estado de emergencia por 15 días calendario y se ordenó el aislamiento social obligatorio. Dichas medidas fueron prorrogadas mediante los siguientes decretos supremos: Decreto Supremo N° 051-2020-PCM (del 31 al 12 de abril de 2020), Decreto Supremo N° 064-2020-PCM (del 13 al 26 de abril de 2020), Decreto Supremo N° 075-2020-PCM (del 27 de abril al 10 de mayo de 2020), Decreto Supremo N° 083-2020-PCM (del 11 al 24 de mayo de 2020), Decreto Supremo N° 064-2020-PCM (del 25 de mayo al 30 de junio de 2020).

estos: la imposición de la carga del riesgo a los arrendadores, ya que se pretende que dejen de percibir ingresos de los contratos de arrendamiento que han suscrito mientras dure el estado de emergencia o que no puedan ejercer acciones legales para el desalojo del inquilino moroso. No obstante, estas propuestas legislativas no solo no son acordes con el ordenamiento jurídico peruano, sino que dejan en una situación de vulnerabilidad a una parte que también se ha visto afectada por la recesión económica.

## Definición de arrendamiento

La definición de contrato de arrendamiento se encuentra recogida en el artículo 1666 del CC.<sup>2</sup> De acuerdo con esta definición, los contratos de arrendamiento son contratos de prestaciones recíprocas en los que el arrendador se obliga a ceder el uso del bien y el arrendatario a pagar la renta convenida. Siendo ello así, el arrendador tiene la obligación de: i) entregar el bien;<sup>3</sup> ii) mantener al arrendatario en el uso de este;<sup>4</sup> y, iii) realizar las reparaciones que sean necesarias. Por su parte, el arrendatario tiene la obligación, entre otras, de pagar la renta en el plazo acordado.<sup>5</sup>

Atendiendo a dicho concepto y en el escenario del aislamiento social obligatorio, queda claro que el arrendador de un inmueble con fines habitacionales continúa honrando las prestaciones a su cargo. Ello se evidencia en la permanencia de los arrendatarios en los inmuebles para poder cumplir con la cuarentena y reducir el riesgo de contagio del COVID-19. Por el contrario, en el caso de los arrendatarios, estos vienen incurriendo en situaciones de incumplimiento, ya que no pueden asumir el pago de las rentas pactadas debido a la disminución de sus ingresos.

---

2 «Definición

Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

3 «Obligación de entregar el bien

Artículo 1678.- El arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos.

Si no se indica en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, debe realizarse inmediatamente donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar o época».

4 «Obligaciones adicionales al arrendador

Artículo 1680.- También está obligado el arrendador:

1.- A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.

2.- A realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto».

5 «Obligaciones del arrendatario

Artículo 1681.- El arrendatario está obligado:

1.- A recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias.

2.- A pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio».



## Excusas contractuales

Frente a este escenario, la legislación peruana recoge excusas contractuales que son aplicables a determinadas situaciones de incumplimiento. Dichas excusas responden a una teoría del riesgo, que pretende solucionar el problema aludido dentro de cualquier contexto contractual, siempre y cuando se trate de un contrato sinalagmático (Zusman, 1980, p. 81).

A continuación analizamos la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad de la prestación como excusas contractuales para el caso concreto del incumplimiento del pago de las rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas, como consecuencia de la disposición del Gobierno del aislamiento social obligatorio.

### 1. Caso fortuito o fuerza mayor

Las características de un evento de caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad se encuentran recogidas en el artículo 1315 del CC,<sup>6</sup> el cual señala que el evento que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso debe ser uno *extraordinario, imprevisible e irresistible*. De ser así, se aplicarían las consecuencias establecidas en el artículo 1316 del CC.<sup>7</sup>

Para el profesor Felipe Osterling, un evento extraordinario es aquel que sale de lo común. Además, señala que el acontecimiento será imprevisible cuando, al momento de contraer la obligación, las partes no tienen motivos atendibles para presumir que vaya a suceder. Finalmente, sobre la irresistibilidad, señala que esta supone la imposibilidad de cumplir con la obligación.

En este punto es importante precisar que el evento que genera la imposibilidad de cumplimiento de la obligación (pago de la renta) es la disminución de los recursos económicos y no el aislamiento social obligatorio. Por ello, el evento que debe cumplir con los requisitos de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad es la disminución de los ingresos del arrendatario y no el aislamiento social obligatorio dictado por el Gobierno.

---

6 «Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

7 «Extinción de la obligación por causas no imputables al deudor

Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

Hecha esta aclaración, corresponde analizar si más allá de que la falta de recursos económicos por el aislamiento social obligatorio califique, o no, como un evento extraordinario e irresistible, este cumple con el requisito de la *irresistibilidad*, es decir, si no es posible su ejecución.

Al respecto, se debe señalar que ni la propagación del virus ni las medidas adoptadas por el Gobierno han impedido la ejecución de la obligación de pagar la renta. La imposibilidad sobrevenida de la prestación se encuentra recogida en los artículos 1431<sup>8</sup> y 1432<sup>9</sup> del CC. El primero determina la asignación de riesgos en los casos de imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes, según el cual, si la prestación se vuelve imposible sin culpa de las partes, el contrato queda resuelto y, por tanto, el deudor quedará liberado de la prestación a su cargo. En dicho caso, el deudor pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo entregado, salvo pacto en contrario.

Por su parte, el artículo 1432 establece que, en caso de imposibilidad de la prestación por culpa del deudor, este no podrá exigir la contraprestación y estará obligado al pago de una indemnización por daños y perjuicios. Si, por el contrario, la imposibilidad resultara por culpa del acreedor, este deberá cumplir con la contraprestación a su cargo. En ambos casos el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

Ahora, ¿qué se entiende por imposibilidad de la prestación? Conforme a lo desarrollado por Massimo Bianca, existen dos interpretaciones para el término «imposibilidad de la prestación»: una restrictiva y una amplia. Respecto a la primera, la imposibilidad acontecerá solo cuando exista una destrucción del bien objeto de la prestación (2015, p. 384):

Como decían los romanos, *impossibilia nemo tenetur*; si la obligación se vuelve imposible, el deudor no puede encontrarse aún obligado. Sin embargo, este principio ha sido interpretado de una forma muy restrictiva y ha llevado a decir que solo la imposibilidad absoluta de la prestación puede liberar al deudor. Ninguna otra dificultad puede liberar al deudor a menos que no se llegue a la imposibilidad.

Pero la imposibilidad, según esta concepción restrictiva, se da sólo en casos limitados. El caso clásico de la destrucción del bien. Si la obligación tiene por objeto la transferencia de propiedad de un animal, de un burro por ejemplo, el caso clásico de la imposibilidad es que un rayo caiga del cielo, golpee al burro y lo mate.

---

8 «Resolución por imposibilidad de la prestación

Artículo 1431.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor».

9 «Resolución por culpa de las partes

Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación».

Esto es un clásico caso de imposibilidad, ya que el animal está muerto.

En cambio, una interpretación más amplia del concepto admite que la imposibilidad de la prestación también se pueda dar en caso se exija al deudor un esfuerzo superior a la diligencia debida (2015, p. 384).

Más allá de la postura que se pueda adoptar, para efectos del presente caso, no es aplicable la imposibilidad bajo ninguna de las interpretaciones antes descritas. Ello atendiendo a que, como señala Manuel de la Puente, la imposibilidad es objetiva, es decir, recae sobre el objeto mismo del contrato (De la Puente, 1993, p. 421): «Sabemos que la prestación es un comportamiento o conducta del deudor, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, tendiendo a satisfacer el interés del acreedor. Consecuentemente, la imposibilidad *debe recaer en la ejecución de este comportamiento, en la manera de llevarlo a cabo*» (cursivas nuestras).

En virtud de ello, es claro que el aislamiento social obligatorio no ha ocasionado la destrucción del objeto de la prestación del arrendatario ya que, para ello, tendría que existir, por ejemplo, una prohibición del uso de una moneda y el pacto expreso de las partes de cancelarlo exclusivamente en la moneda extinta (León, 2020).

Así mismo, tampoco se está frente a un supuesto en el que se requiera un esfuerzo superior a la diligencia que se exige al deudor, puesto que, a pesar del aislamiento social obligatorio, los bancos han continuado atendiendo al público, por lo que ha sido perfectamente posible realizar pagos a través de depósitos y transferencias bancarias e, incluso, han mantenido habilitadas sus plataformas para realizar operaciones en línea, permitiendo a los arrendatarios cumplir con sus obligaciones de pago.

En el mismo sentido adelantaba el profesor Felipe Osterling que para la calificación de la irresistibilidad no interesa la situación personal del deudor ni su falta de medios económicos para cumplir con su obligación.

Atendiendo a lo expuesto, no es correcto alegar el caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad para este caso en concreto.

## **2. Excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación**

Existe excesiva onerosidad de la prestación cuando, en un contrato de ejecución continuada, periódica o diferida, las circunstancias cambian en relación con cuando se celebró, teniendo como consecuencia un aumento desmesurado en la onerosidad de la obligación del deudor. Este cambio en las circunstancias debe responder a un evento extraordinario e imprevisible (nótese que, a diferencia del caso fortuito o fuerza mayor, no se exige el requisito de la irresistibilidad pues, en este caso, se parte de la premisa de que la prestación sí es posible). Así, para el deudor, el cumplir con su obligación excede el normal riesgo de cambio de los valores del mercado (Morales, 2013, p. 232).

La excesiva onerosidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra regulada en el artículo 1440 del CC,<sup>10</sup> el cual establece que su efecto es la reducción o

---

<sup>10</sup> «Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la

aumento de la contraprestación. De no ser posible la reducción o aumento, el juez decidirá la resolución del contrato.

Por ejemplo, en el marco de un contrato comercial de compraventa, las partes pactaron que el bien objeto del contrato debía ser transportado por vía marítima; sin embargo, el Gobierno dicta una medida que prohíbe el comercio marítimo durante el estado de emergencia. En tal sentido, para poder ejecutar su prestación, el deudor deberá transportar la mercadería, necesariamente, por avión, lo que le resulta excesivamente oneroso considerando la escasez de vuelos de carga y el volumen de la mercadería.

Entonces, aplicado al caso concreto, ¿podría el arrendatario alegar que la prestación a su cargo le resulta excesivamente onerosa y, por tanto, solicitar la reducción de la renta? No. La excesiva onerosidad sobrevenida, al igual que las otras excusas, afecta a la prestación misma, esto es, a la obligación de pagar la renta. En este caso, pagar la renta no resulta más costoso por el aislamiento social obligatorio. Como se ha venido desarrollando, la obligación del arrendatario es una obligación dineraria y, por tanto, no podría resultar más costosa a menos que haya ocurrido, por ejemplo, una devaluación de la moneda o una reducción de precios considerable.

Además, como señala el profesor Rodrigo Momberg, las dificultades económicas del deudor, ajenas al contrato, no pueden ser consideradas para la evaluación de la imprevisión —requisito de la excesiva onerosidad— no solo porque no existe excesiva onerosidad, sino porque estas circunstancias se encuentran fuera del ámbito de riesgos que el derecho común asignó a su contrato.

Por ello, esta excusa contractual tampoco es aplicable a los casos de los arrendatarios que no pueden cumplir con su obligación de pago de renta por haber visto disminuidos sus ingresos como consecuencia del aislamiento social obligatorio.

Luego de haberse analizado las diferentes excusas contractuales recogidas en el CC, se concluye que ninguna de ellas es aplicable al supuesto del incumplimiento de pago de la renta por parte de los arrendatarios como consecuencia del estado de emergencia y el aislamiento social obligatorio. Frente a esta situación, han surgido varias iniciativas legislativas de diferentes partidos políticos que —además de asumir que las partes no negocian de buena fe— buscan asignar los riesgos exclusivamente a los arrendadores. Dichas iniciativas se analizarán en las próximas líneas.

## Proyectos de ley

### 1. Proyecto de Ley N° 5004/2020-CR

Entre las propuestas de solución frente a esta situación se encuentra el Proyecto de Ley N° 5004-2020-CR, presentado por el Grupo Parlamentario Acción Popular

---

parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

a iniciativa del congresista Paul Gabriel García Oviedo, denominado Ley que dispone medidas complementarias a favor de los arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la declaratoria de Estado de Emergencia por el brote de COVID-19 (en adelante, PL 5004-2020).

Dicho proyecto propone la suspensión —mientras dure el estado de emergencia y hasta dos meses posteriores a su culminación— del pago de los siguientes conceptos por parte de los arrendatarios: i) rentas pactadas, ii) intereses legales y convencionales y iii) moras o penalidades, salvo que exista un pacto posterior. De aprobarse dicha propuesta, la suspensión sería aplicada a los contratos vigentes.

En la exposición de motivos se señala que, para acogerse a esta Ley, el arrendatario deberá encontrarse en situación de vulnerabilidad, por lo cual deberá acreditar: i) que se encuentra desempleado, ii) que se le han reducido las jornadas laborales y, consecuentemente, la remuneración que percibía; o, iii) que sus ingresos han sido sustancialmente reducidos (incluyendo a los arrendatarios que son trabajadores independientes que hayan tenido una pérdida sustancial de los ingresos o una caída de las ventas superiores al 40 %).

Considerando que en un contrato de arrendamiento las partes pactan una renta y la oportunidad en la que esta debe ser pagada al arrendador, el efecto que esta norma generaría —de ser aprobada— sería la suspensión automática de estos plazos sin considerar la voluntad de las partes.

Así, la medida que se desea adoptar contraviene lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú,<sup>11</sup> el cual señala que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Es decir, las normas posteriores no pueden afectar los contratos celebrados bajo las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento (Rubio, 2017, p. 303).<sup>12</sup>

Siguiendo la misma línea, en la sentencia recaída en el Expediente N° 003-2004-AI/TC (fundamento 13), el Tribunal Constitucional ha interpretado que el mencionado artículo de la Constitución no solo está referido a los contratos-ley sino también a todo término contractual:

Al respecto, este Colegiado ha precisado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, «no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]».

Queda claro, entonces, que al extenderse la intangibilidad de los contratos a aquellos celebrados entre particulares, el referido PL 5004/2020 vulnera directamen-

---

11 «Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. [...]»

12 «Esto quiere decir que, de acuerdo a la Constitución, los contratos fijan sus términos según las normas existentes en el momento en que ellos fueron perfeccionados y que las normas posteriores, no importando su jerarquía, no los pueden afectar».

te el derecho a la libertad de contratar recogida en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

No obstante lo señalado, los derechos no son absolutos. Estos pueden ser restringidos o limitados si, después de pasar por un *test* de proporcionalidad, la medida se considera idónea, necesaria y proporcional para garantizar otro bien jurídico constitucionalmente protegido (STC N° 579-2008, fundamento 25).<sup>13</sup>

En la exposición de motivos del PL 5004-2020 se señala que lo que se pretende con el proyecto es «conservar la seguridad y la sostenibilidad de lo más básico que es el derecho a la vivienda y en el caso de los negocios independientes, la fuente de trabajo». Así mismo, se señala que con esta norma se evitaría que el arrendatario tenga que recurrir a un proceso judicial para que se le otorgue la suspensión del pago de las rentas, en tanto no existe ninguna norma que establezca la obligación del arrendador de hacerlo.

En tal sentido, se procederá a analizar si esta vulneración a la intangibilidad de los contratos se encuentra justificada, para lo cual se deberá someter la propuesta a un *test* de proporcionalidad.

El primer requisito, idoneidad, establece que debe evaluarse si la medida es adecuada para alcanzar los fines perseguidos. Si la respuesta es positiva, habrá superado el filtro de la idoneidad. Corresponde, entonces, cuestionarse si el suspender los plazos de pago de las rentas constituye una medida adecuada para alcanzar el fin descrito en la exposición de motivos, esto es, asegurar el derecho a la vivienda durante el estado de emergencia.

Efectivamente, al suspenderse los pagos de las rentas, los arrendatarios podrán mantenerse en posesión de los inmuebles aun cuando no cuenten con la solvencia económica para cumplir con su obligación de pago de las rentas. Sin embargo, de adoptarse esta medida, se dejaría desprotegido a otro sector de la población: los arrendadores, quienes posiblemente tengan como único ingreso las rentas por los arrendamientos de sus inmuebles. Por tanto, si bien esta medida ayudaría a alcanzar el fin que se busca proteger, también es cierto que deja en situación de vulnerabilidad a los arrendadores.

---

13 «EXP. N° 579-2008-PA/TC

[...] 6. Aplicación del test de proporcionalidad

25. Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

El segundo subprincipio es el de necesidad. Para que se justifique que la medida es necesaria, debe verificarse la inexistencia de otra medida menos gravosa pero igual de idónea para alcanzar el mismo fin. Caso contrario, la medida no resultaría necesaria y, por tanto, no se cumpliría con este requisito del *test* de proporcionalidad.

En el caso en concreto, sí existe otra alternativa para alcanzar el mismo fin: la creación de fondos de préstamos garantizados por el Estado para las personas que hayan visto disminuidos sus ingresos y que no puedan cumplir con sus obligaciones de pago. En esta última es el Estado quien asume los riesgos de la ruptura de la cadena de pagos y no obliga a los particulares a modificar sus términos contractuales, pues esto solo genera desestabilidad.

En España, por ejemplo, se ha dispuesto que el arrendatario puede solicitar al arrendador un aplazamiento del pago de la renta. Si el arrendador se negara a dicho pedido, el arrendatario podría solicitar un microcrédito (que podría pagar hasta en seis años sin intereses ni comisiones) destinado exclusivamente al pago de la renta de su contrato de arrendamiento. Al igual que el PL 5004/2020, esta medida está dirigida a personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad como consecuencia de la situación actual. Dichos créditos son entregados por los bancos y avalados por el Estado. No obstante, para el caso de «grandes propietarios», los cuales podrían ser un banco, fondo de inversión, una entidad pública de vivienda o alguien que posee más de diez inmuebles urbanos (sin contar garajes) o una superficie construida de más de 1500 metros cuadrados, la situación es distinta. Para estos últimos, si no pudiesen llegar a un acuerdo con los arrendatarios acerca de un aplazamiento de pago, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su decisión de: i) reducir el 50 % de la renta, o ii) aplazar el pago de las rentas; las cuales durarían mientras continúe el estado de alarma.

A diferencia de la propuesta del PL 5004/2020, la medida adoptada por el Gobierno español parte de la premisa de que son los contratantes los que deben negociar de buena fe sus términos contractuales y, de no ser posible, el Estado asume los riesgos de la ruptura de la cadena de pagos. Además, hace una distinción justificada e importante con los «grandes propietarios», de quienes se asume —válidamente— que tienen mayores ingresos que los «pequeños propietarios», otorgándoles dos alternativas sobre las que podrá escoger: la reducción de la renta o la suspensión de los pagos. En este último caso, no se estaría desprotegiendo a los arrendadores, como sí lo hace el PL 5004/2020 al no hacer ninguna distinción entre los arrendadores.

Así como el ejemplo español, podrían surgir otras medidas que ayuden a alcanzar el mismo propósito sin afectar la intangibilidad de los contratos, por lo que la propuesta del PL 5004-2020 no es necesaria. En tanto no se cumple con el segundo subprincipio del *test* de proporcionalidad, no se tendría que ponderar ambos derechos en el tercer subprincipio: proporcionalidad en sentido estricto.

## **2. Proyecto de Ley N° 4894/2020-CR**

Otra propuesta es la contenida en el Proyecto de Ley N° 4894/2020-CR, presentado ante el Congreso el 24 de marzo de 2020 a iniciativa de la congresista Mónica Saa-



vedra Ocharán del Grupo Parlamentario Acción Popular, denominado Ley que suspende por dos meses el cobro de servicios de agua, energía eléctrica, gas, servicios de telefonía fija, celular, internet, cable, pagos de alquileres y préstamos financieros, como consecuencia del Estado de Emergencia (en adelante, PL 4894/2020-CR).

La Ley propuesta tiene por objeto suspender automáticamente por el plazo de dos meses, contados desde que culmine el estado de emergencia —entre otros— los pagos de alquileres como consecuencia de la aplicación del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Así mismo, en la exposición de motivos de dicho proyecto se señala que lo que se pretende es proponer una alternativa que permita a los trabajadores cumplir con el pago de sus obligaciones sin incurrir en retrasos ni en pago de penalidades por incumplimiento, considerando la alta tasa de informalidad en el país.

Al igual que el PL 5004/2020, esta medida también vulneraría de manera injustificada la intangibilidad de los contratos reconocida en el artículo 62 de la Constitución Política. Al respecto, en la exposición de motivos se hace referencia a la imposibilidad de negociación del usuario en los contratos para la prestación de servicios públicos como agua y luz, y servicios financieros, al tratarse de contratos por adhesión, lo que justificaría la posibilidad de «flexibilizar» —o más bien intervenir— en los contratos entre privados con el fin de que los usuarios tengan la posibilidad de aplazar sus pagos. Sin embargo, no se hace ninguna referencia a los contratos de arrendamiento en los que no cabe ni siquiera alegar ninguna asimetría de la información.

Además, en el análisis costo-beneficio que se desarrolla en la exposición de motivos del PL 4894-2020, tampoco se hace mención a cuáles serían los costos de aplicar la suspensión de pagos en el caso de los contratos de arrendamiento, los cuales serían que los arrendadores no tengan ingresos y se vean en situación de vulnerabilidad.

En tal sentido, el PL 4894/2020-CR, al igual que el PL 5005/2020, también afectaría de manera injustificada la intangibilidad de los contratos, al no superar el filtro de la necesidad del *test* de proporcionalidad, pues existen otras medidas, como la descrita en el punto anterior, que permiten alcanzar el mismo objetivo sin intervenir en los términos de los contratos o desproteger a los arrendadores.

### **3. Proyecto de Ley N° 5238/2020-CR**

Otra de las posibles soluciones que se ha barajado es la propuesta en el Proyecto de Ley N° 5238/2020-CR presentado ante el Congreso por el Grupo Parlamentario Morado a iniciativa del congresista Daniel Olivares Cortés el pasado 18 de mayo de 2020, denominado Ley que dispone medidas sobre el arrendamiento de inmuebles con destino habitacional como consecuencia del aislamiento social obligatorio establecido en el Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo 046-2020-PCM y sus normas complementarias y modificatorias (en adelante, PL 5238/2020), que propone implementar las siguientes medidas para los casos de arrendamientos con fines habitacionales:

- Suspensión de cualquier acción para iniciar un proceso de desalojo judicial o notarial mientras dure el estado de emergencia y hasta por el plazo de 45 días calendario desde la culminación del mismo.



- Creación de dos nuevos supuestos de infracción administrativa consistentes en: (i) despojar, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real; sin perjuicio de que dicha posesión sea precaria o ilegítima; y, (ii) perturbar la posesión de un inmueble.<sup>14</sup>

En relación con la primera medida, si bien no queda claro si la limitación se refiere a la recepción de demandas o a su trámite, en cualquiera de los dos escenarios, si se aprobara una norma como la propuesta en el PL 5238/2020, se estaría vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación al derecho de acceso a la justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 05728-2015-PA/TC, ha señalado lo siguiente:

En consecuencia, existirá una lesión al derecho de tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación de acceso a la justicia, cuando: (i) se impida o prohíba a una persona solicitar tutela en la vía jurisdiccional sin que exista una justificación constitucional válida para ello; o, (ii) se establezcan barreras, requisitos u obstáculos que, sin prohibir directamente el acceso a la jurisdicción, dificulten o restrinjan arbitrariamente la posibilidad de solicitar tutela en sede jurisdiccional.

En tal sentido, la limitación a la presentación de demandas y solicitudes de desalojo, mientras dure el estado de emergencia y en los 45 días posteriores a su finalización, contraviene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación al acceso a la justicia, según el cual las personas no pueden ser impedidas de solicitar tutela jurisdiccional *sin justificación* ni se les puede establecer barreras u obstáculos que, sin prohibir directamente el acceso a la jurisdicción, dificulten o restrinjan *arbitrariamente* la posibilidad de solicitar tutela jurisdiccional.

Como se ha mencionado, ningún derecho es absoluto. Sin embargo, cualquier vulneración o limitación debe estar justificada en la protección de un objetivo constitucionalmente legítimo. Por ello, corresponde que en las próximas líneas se someta las medidas propuestas en el PL 5238/2020 a un *test* de proporcionalidad.

En cuanto a la idoneidad, de acuerdo con la exposición de motivos del PL 5238/2020, lo que se buscaría con estas medidas es evitar la exposición de las personas desalojadas a una situación de contagio, más aún si se trata de grupos vulnerables. Sin embargo, estas medidas no resultan idóneas para alcanzar dicho fin.

Se debe tener en cuenta que, en el contexto del estado de emergencia, los desalojos que se han venido dando son ilegales, pues la única vía legal posible para llevar a cabo el lanzamiento de un inmueble es con una orden judicial (tanto para el desalojo por la vía judicial como por la vía notarial<sup>15</sup>) y, en tanto el Poder Judicial

---

14 De la redacción del texto del PL 5238/2020 se desprende que la sanción administrativa propuesta se aplicaría únicamente en casos de desalojo o perturbación a la posesión de un inmueble, mientras que para el caso de presentación de demandas o solicitudes de desalojo notarial durante el estado de emergencia, o en los 45 días siguientes su pedido, ésta no constituye una infracción administrativa sino que los pedidos no serán atendidos.

15 Si bien es cierto, en el caso de los contratos con cláusula de sometimiento expreso a la Ley N° 30933 – Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial, el procedimiento de

suspendió sus labores, se descarta la posibilidad de un desalojo legal. Siendo ello así, la imposibilidad de presentar demandas o solicitudes de desalojo no ayudaría a solucionar el problema de los desalojos ilegales que vienen ocurriendo.

Así mismo, dicha medida tampoco tendría efecto práctico. La única vía legal que tiene el arrendador para recuperar la posesión del inmueble es el proceso de desalojo, sea por la vía judicial o por la vía notarial. En cualquiera de ellas, la medida sería inútil para resolver el problema en cuestión, pues los procesos de desalojo toman entre dos y tres años para el lanzamiento del inmueble, con lo cual, aunque la demanda se presentara el día de hoy, no se ejecutaría durante el estado de emergencia.

Respecto a la segunda medida, que dispone la creación de una infracción administrativa para aquel que desaloje a un arrendatario, esta no supera el subprincipio de idoneidad porque no resulta disuasiva para el que pretenda realizar un desalojo, pues bastaría con pagar la multa para superar esa limitación.

Además, debe considerarse que el ordenamiento jurídico ya prevé una sanción penal para aquel que exponga la salud o la vida de otro en el artículo 125 del Código Penal, que establece expresamente lo siguiente:

Exposición o abandono peligrosos

Artículo 125.- El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Sin embargo, la tipificación penal de este delito no ha desincentivado los desalojos en medio del estado de emergencia. En tal sentido, si la sanción penal no ha sido disuasiva, y considerando que el derecho penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC (fundamento 32), con menor razón lo será una multa administrativa. En esa línea, la medida no es idónea para alcanzar el fin que persigue.

Dado que la medida no cumple con el subprincipio de idoneidad, no corresponde hacer un análisis del subprincipio de necesidad. Sin perjuicio de ello, se evidencia que este último tampoco se cumple, pues sí existe otra medida más efectiva para alcanzar el fin: la aplicación de una sanción penal. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico peruano contempla el delito de exposición o abandono peligrosos en su artículo 125 del Código Penal, para la protección del mismo derecho.

De igual manera, para los casos en los que medie violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza en el despojo de la posesión, el ordenamiento jurídico tipifica el delito de usurpación, que se encuentra recogido en el artículo 202 del Código Penal:

---

desalojo se inicia ante una notaría, los lanzamientos deben ser ordenados y ejecutados por un juez de paz.

Artículo 202.- Usurpación

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:  
[...]

2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

De manera complementaria, se evidencia que esta medida sería contraria al principio de *non bis in ídem*, según el cual no se puede imponer dos sanciones cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.<sup>16</sup> En el caso de la medida planteada en el PL 5238/2020, esta mantiene triple identidad con lo dispuesto en el artículo 125 del Código Penal, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, respecto a la identidad de sujeto, considerando que el COVID-19 ha sido declarado pandemia a nivel mundial y que este hecho ha llevado a la decisión de decretar el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, los arrendatarios desalojados podían verse expuestos a un contagio del virus. Por tanto, «el que despoja» y «el que expone a peligro de muerte o grave e inminente daño a la salud» podría recaer en la misma persona, es decir, en el arrendador. Por ello, en caso el PL 5238-2020 fuera aprobado en esos términos, la persona que desaloja a otra durante el estado de emergencia podría ser doblemente sancionada por el hecho de desalojar a un arrendatario: de un lado, podría recibir una sanción la comisión de un delito y, de otro, podría ser multado por la comisión de una infracción administrativa.

De igual manera, existe identidad de hecho, debido a que, en el contexto de la emergencia sanitaria, el desalojo podría también calificar como una exposición a la salud y a la vida.

Finalmente, existe identidad de fundamento, pues ambas buscan proteger los derechos a la salud y a la vida.

En conclusión, la medida consistente en restringir la posibilidad de presentar demandas o solicitudes de desalojo no supera el subprincipio de idoneidad del *test* de proporcionalidad. Por su parte, la medida referida a la creación de nuevos supuestos de infracción administrativa no supera los subprincipios de idoneidad y de necesidad y, por tanto, su adopción no estaría justificada.

## Conclusiones

1. Como se ha expuesto, los contratos de arrendamiento no han sido ajenos a la situación por la que atraviesa el mundo. Las medidas de aislamiento social obligatorio y la imposibilidad de realizar algunas actividades económicas han generado la disminución en los ingresos de los arrendatarios, lo que los ha puesto en una posición de incumplimiento frente a sus arrendadores.

<sup>16</sup> «STC 3706-2010-PA/TC

[...] En buena cuenta, el principio *non bis in ídem* veda la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procesos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento».

2. Frente a la situación de incumplimiento de los arrendatarios, el CC establece excusas contractuales tales como el caso fortuito o fuerza mayor y la excesiva onerosidad de la prestación. Sin embargo, solo es posible aplicar dichas excusas contractuales cuando es la obligación misma la que se ha visto afectada por el hecho —en este caso, el aislamiento social obligatorio—, lo cual no ocurre en el caso descrito, pues lo que se ha visto afectado es el ingreso de las personas y no la obligación misma (pagar la renta).
3. Por otro lado, las propuestas legislativas como el PL 5004/2020 y el PL 4894/2020, que pretenden la suspensión del pago de las rentas, resultarían inconstitucionales al vulnerar de manera injustificada la inviolabilidad de los contratos recogida en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, pues existen otras medidas para conseguir el mismo fin.
4. Por su parte, el PL 5238/2020, que propone la suspensión de las presentaciones de demandas y solicitudes de desalojo, limitaría de manera injustificada el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación al acceso a la justicia, pues no resulta una medida idónea para conseguir su finalidad. Así mismo, en dicho proyecto de ley se propone tipificar los desalojos durante el estado de emergencia como infracciones administrativas, medida que tampoco es idónea y que, además, vulneraría el principio de *non bis in ídem* al fijar una sanción que guarda identidad con el delito de exposición o abandonos peligrosos, recogido en el artículo 125 del Código Penal.
5. Finalmente, del análisis del trabajo se evidencia la necesidad de explorar alternativas de solución que no afecten de manera injustificada y arbitraria los derechos constitucionales de las personas. Es real que existe un contexto en el cual los ingresos económicos se han visto mermados considerablemente y que se necesitan soluciones por parte de los poderes el Estado que protejan a los sectores más vulnerables. No obstante, se deben eliminar algunas premisas como que las partes no negocian los términos de su contrato o que quien arrienda un inmueble se encuentra en una posición de ventaja económica, pues también hay un sector de la población que subsiste de las pequeñas rentas que reciben. Así, propuestas como las analizadas en este trabajo no solucionan realmente el problema sino trasladan la carga a otro sector que también es vulnerable.

## Referencias

### Doctrina

Bianca, Massimo (2015). Conversatorio en torno al derecho civil patrimonial. *Revista Ius et Veritas*, (51), diciembre.

Defensoría del Pueblo. (2020). *Estado de emergencia sanitaria: el problema de la informalidad laboral en una economía confinada*. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%B0-02-2020-DP-Problema-de-la-informalidad-laboral-en-una-economia-confinada.pdf>

De la Puente, Manuel (1993). *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Volumen XV, segunda parte, tomo IV. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial.

Hurtado, José (2005). *Manual de derecho penal. Parte general I*. (3.<sup>a</sup> edición). Grijley.

Instituto Peruano de Economía. (2020). *Informe IPE VII – Impacto del Covid-19 en la economía peruana*. Recuperado de: <https://www.ipe.org.pe/portal/informe-ipe-vii-impacto-del-covid-19-en-la-economia-peruana/>

León, Leysser (2020). *COVID-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil: entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales*. Recuperado de: <https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales>

Momberg Uribe, Rodrigo (2020). *¿Excesiva onerosidad o excesiva dificultad?* Recuperado de: <https://idealex.press/opinion/columnas/rodrigo-momberg-excesiva-onerosidad-o-excesiva-dificultad/>

Morales Hervias, R. (2013). *Las patologías y los remedios del contrato*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Osterling Parodi, Felipe. *Artículo 1314*. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>

Rubio Correa, M. (2017). *El sistema jurídico: introducción al derecho*. (11.<sup>a</sup> edición aumentada). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial.

Zusman Tinman, S. (1980). La teoría del riesgo. *Derecho PUCP*, (34), 77-114. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5823>

## Jurisprudencia

Sentencia recaída en el Expediente N° 579-2008 – Lambayeque (Tribunal Constitucional, 5 de junio de 2008).

Sentencia recaída en el Expediente N° 003-2004 – Lima (Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2004).

Sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional, 15 de diciembre de 2006).

Sentencia recaída en el Expediente N° 3706-2010 – Lima (Tribunal Constitucional, 22 de marzo de 2011).

Sentencia recaída en el Expediente N° 05728-2015 – Arequipa (Tribunal Constitucional, 20 de diciembre de 2017).

Proyecto de ley N° 5238/2020-CR, «Ley que dispone medidas sobre el arrendamiento de inmuebles con destino habitacional como consecuencia del aislamiento social obligatorio establecido en el Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo 046-2020-PCM y sus normas complementarias o modificatorias».

Proyecto de Ley N° 5004/2020-CR, «Ley que dispone medidas complementarias a favor de los arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la declaratoria de estado de emergencia por el brote de Covid-19».

Proyecto de Ley N° 4894/2020-CR, «Ley que suspende por dos meses el cobro de servicios de agua, energía eléctrica, gas, servicios telefonía fija, celular, internet, cable, pagos de alquileres y préstamos financieros, como consecuencia del Estado de Emergencia».

## **Noticias**

Ferluga, G. (2020, 1 abril). ¿Tiene derecho a las ayudas para el alquiler? Así son las medidas aprobadas por el Gobierno. Recuperado el 5 de junio de 2020, de: [https://elpais.com/economia/2020/03/31/mis\\_finanzas/1585667917\\_060104.html](https://elpais.com/economia/2020/03/31/mis_finanzas/1585667917_060104.html)

# **Persona y familia**





**El amor en los tiempos del coronavirus.  
Los retos del derecho de familia**

*Yuri Vega Mere*

Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. La familia y la sociedad tecnológica

Cuando hablamos de la familia, y sobre todo cuando el derecho la provee de un estatuto legal, la pensamos, como no puede ser de otra manera, como un grupo de personas que interactúan permanentemente, que conforman una unidad grupal en la que se integran quienes están unidos a ella por lazos de afectividad, consanguíneos, sociales o legales, y que construyen proyectos o una vida en común con códigos y reglas particulares aunque influenciadas por la educación y la proveniencia de diferentes familias.

Al ser indispensable el contacto entre las personas que viven como familia, lo primero que se nos viene a la mente es que se trata de un conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, que tiene un constante relacionamiento y que se genera un vínculo de dependencia afectiva que se traduce en una necesidad de encontrar y vivir espacios comunes. En otros términos, más allá de que los lazos familiares no desaparecen cuando uno deja la casa de los padres para construir su biografía, un grupo familiar necesita un trato que exige presencia física durante algunas horas del día, las noches, los fines de semana, con las experiencias colectivas y en muy variadas circunstancias.

Esta nota que la caracteriza no desconoce, tampoco, aquellas situaciones de domicilios diferentes, de corte transitorio, por razones laborales o de estudio, pero no es la nota que la describe.

Sin embargo, la familia no ha sido indiferente ni inmune a la influencia ejercida por la tecnología de la información, la expansión vertiginosa de la omnipresente internet, las redes sociales y todas aquellos aparatos y herramientas con las que hoy contamos.

Los niños que son cibernativos aprenden a usar *tablets* y celulares antes de saber escribir. Los juegos de video los retienen en las paredes del hogar (para la tranquilidad de los padres ante el avance de la delincuencia y la inseguridad creciente, sin que los excesos sean buenos) y prefieren interactuar con los comandos de la computadora y un *joystick* y enfrascarse en los retos de los juegos en línea que han disminuido su relacionamiento físico con otros menores. Esos espacios virtuales son el nuevo «barrio».

Hasta antes de la crisis actual que ha generado la expansión del coronavirus (COVID-19), algunos futurólogos y economistas elogiaban el teletrabajo o bien la

oficina virtual o portátil, sea porque se utiliza como centro de operaciones el hogar, sea porque una *laptop*, una *tablet* o un *smartphone* son suficientes para muchas personas para montar un «ambiente» de trabajo que puede ser, inclusive, la mesa de un café (o un *Starbucks*).

Se ha dicho —quizá con excesivo entusiasmo inicial— que ello redundaría en beneficio de una mayor dedicación de tiempo a la familia, especialmente en el caso de quienes trabajan hasta altas horas de la noche fuera de la casa, dado que su habitual salida al local laboral ocurre muy temprano y su regreso al lar muy tarde, privándose de compartir más tiempo con los hijos. Pero también se ha vislumbrado que la mezcla de trabajo y casa puede ser causante de un mayor número de roces entre la pareja y los miembros de la familia al producir una indeseada saturación y desencuentros por intercalarse las exigencias domésticas del otro con el estrés del trabajo que ahora tendrá como escenario el hogar mismo.

La gran red (internet) y las *social networks* han calzado con la necesidad de comunicación que tienen las personas no solo para encontrar información dentro de esa gran biblioteca desordenada (como la llamaba Umberto Eco), sino también para curiosear, hacer amistades, formar parte de grupos de intereses comunes, buscar aventuras que pueden agotarse en lo virtual o complementarse en el mundo de las tres dimensiones o de lo físico (3D), o para hacer cualquier otra cosa como matar el tiempo.

En los últimos años, el acceso a internet o el uso de la red no solo se produce por medio de los ordenadores tradicionales. Sin perjuicio de su miniaturización, hace algunos años vivimos la época del auge de las tabletas y de los teléfonos inteligentes o *smartphones*.

Los *smartphones* son teléfonos celulares contruidos sobre una plataforma informática móvil, con gran capacidad para almacenar datos y realizar actividades, semejante a la de una minicomputadora, y con una mayor conectividad que un teléfono móvil de las primeras generaciones. Su alusión a su carácter «inteligente» (que aparece por el año 2007) se vincula con su potencialidad para sustituir a una computadora personal en muchas tareas. Su conexión al uso de correo electrónico es fundamental, pero no agota su funcionalidad, dado que puede descargar múltiples aplicaciones que lo diferencian radicalmente de las limitaciones de los primeros celulares: el acceso a Internet vía Wi-Fi o redes 4G o 3G o 2G, función multimedia (cámara y reproductor de videos/mp3), programas de agenda, administración de contactos, GPS, navegadores, lectura de documentos en variedad de formatos como PDF y Microsoft Office. Existen, por lo demás, diferentes sistemas operativos para las distintas clases de *smartphones*: iOS, Android, Microsoft CE, Windows CE, etcétera.

Las tabletas, *tablets* o *tablet computer* son computadoras portátiles de mayor tamaño que un teléfono inteligente y de menor volumen que las *notebooks* o *laptops*, integradas en una pantalla táctil con la que se interactúa con los dedos o un estilete sin necesidad de teclado o por medio de un teclado virtual. El tamaño estándar es habitualmente de 7 a 12 pulgadas y carece de teclado integrado aunque puede conectarse a uno inalámbrico (vía Bluetooth) o mediante un cable USB. Las minitabletas son similares pero de menor tamaño (entre 7 y 8 pulgadas). Las tabletas no son utilizadas con la misma intensidad.

Las redes sociales nos permiten conocer a personas de otros países o contactar a familiares, amigos o gente de cualquier lugar del mundo, con las cuales se entra en contacto sin las limitaciones del correo electrónico o de las llamadas telefónicas, debido a la posibilidad de compartir contenidos de diferente naturaleza. A dichas redes se accede por medio de un ordenador, de *tablets* o *smartphones*. Ejemplos: Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, etcétera.

Al lado de las redes sociales, los teléfonos inteligentes usan aplicaciones (*Apps*) que permiten una comunicación fluida, instantánea, veloz y que, en la gran mayoría de casos, puede monitorearse, esto es, saber si el corresponsal ha recibido y leído el mensaje y si se encuentra dando respuesta. Ello sucede, por ejemplo, con el sistema de *Messenger* de Facebook o con el muy difundido *WhatsApp*. Las cifras nos dicen, al día de hoy, que (antes de la pandemia) más de 1000 millones de personas se comunicaban por medio del *WhatsApp*, cuya versatilidad permite enviar no solo mensajes de texto sino también mensajes de voz e imágenes y crear grupos para entablar comunicaciones compartidas.

Si esta realidad asoma como un hecho de enorme alcance, cabría preguntarse hasta qué punto la familia y el derecho de familia han sido impactados por estas herramientas tecnológicas.

En 3D las relaciones humanas expresan (salvo cuando medie fingimiento, mentira o una envidiable capacidad de controlar las emociones) todo un conjunto de sentimientos, de emociones, de contenidos que, de una u otra forma, tienen la capacidad de diálogo y abren hacia los demás el perfil de cada uno.

Bien se ha dicho que la interacción con los otros constituye el basamento de nuestra sociabilidad. En cualquier trato o conversación los seres humanos exponemos nuestra efigie, nuestra voz, nuestro rostro, nuestros gestos, y la comunicación, aunque compleja, expresa de una manera íntegra las emociones y los procesos bioquímicos que se encuentran detrás de ellas. En el diálogo escrito, en la tradicional relación epistolar, siempre se mantuvo un especial cuidado ya que, por lo general, las misivas eran hechas y remitidas a alguien que se conocía y que conocía al autor de la carta. Por ello, y más allá del contenido, era innegable que los corresponsales sabían quiénes eran.

Por supuesto que también han existido casos en los cuales ha habido correspondencia escrita entre personas que no se conocían. La psiquiatra americana Esther Gwinnell, una de las conocidas especialistas en las relaciones amorosas por Internet, cuenta en su obra *Online seduction* (Gwinnell, 1999, pp. 23-31), que durante las guerras de los Estados Unidos con Corea y con Vietnam existían programas que promovían entre los soldados y las solteras interesadas el intercambio de cartas que dieron lugar a relaciones afectivas, algunas de las cuales concluyeron en verdaderos y duraderos matrimonios.

Antes de Internet, la aparición del teléfono ahorró tiempo en la comunicación y desplazó el centro de atención del papel y la escritura (el lenguaje del ausente, decía Freud) hacia la voz. La entonación era fundamental para transmitir sentimientos. La sociedad vococéntrica tampoco repuso la efigie y los gestos, pero se impregnó del calor de la voz humana (Gubern, 2001, pp. 139 y ss.). Quizá los sistemas actuales de videoconferencia pretenden mezclar ambas cosas, pero privan del tacto y de las

3D a los interlocutores. Y, por supuesto, de los olores y de escuchar la respiración y otras cosas más.

La red y la actual tecnología han expandido la capacidad de comunicación. Hoy, sin tener que pisar las sólitias deprimentes oficinas postales, la conectividad y la diversidad de medios nos empujan a incendiar las fronteras, a convertirnos en seres ubicuos y a penetrar hogares distantes sin movernos de la comodidad de la casa o del trabajo encendiendo únicamente el computador. Y gracias a la red nos atrevemos a usar algunas herramientas, especialmente el *chat* (charla en inglés), que ha sido concebido para la comunicación por ordenador, tabletas o *smartphones* con respuesta en tiempo real, de modo que la conversación se desenvuelve como si las personas que intercambian mensajes de texto estuvieran en el mismo lugar.

Internet (antes del auge de las redes sociales) facilitó la aparición de relaciones amorosas virtuales.

Por supuesto, los amoríos que nacen en la red adolecen de las limitaciones impuestas por el medio en el que surgen. Son virtuales y no son en 3D. No hay contacto físico; solo hay, ante la pantalla, las palabras cargadas de afectos y sentimientos pero privadas del contexto corporal. Las expresiones faciales, que transmiten con mayor energía y completitud las emociones que se esconden en los textos, no podían apreciarse ni por correo electrónico ni por el *chat*. Hoy es posible verse y hablar a distancia y descubrir que el rostro del correspondiente atraviesa una serie de cambios que revelan la alegría, la tristeza, la pasión u otras sensaciones, hasta el enrojecimiento de la ira.

La tecnología, por ello —sin deseárselo o sin pensarlo— ha beneficiado los romances telemáticos. Hoy en día, por ejemplo, se ofrece el uso de programas que permiten visualizar (*Meet, Teams, Zoom, FaceTime, Skype, Bluejeans*, etcétera) y escuchar al correspondiente, facilitando una más completa conversación entre los ciberamantes.

Una interesante muestra de que las relaciones amorosas nacidas gracias a Internet fueron un suceso en los años 90 del siglo pasado lo demostró el *film* de Nora Ephron *You've got mail*, de 1998, protagonizada por el varias veces ganador del Oscar Tom Hanks y la actriz Meg Ryan.

Es claro que una relación amorosa que comienza *on line* ha de pasar, si es duradera, a ser vivida en 3D. Es nuestra naturaleza. No podemos vivir eternamente en el mundo virtual para formar no solo una relación seria sino, sobre todo, cuando se quiere constituir una familia y, claro está, cuando se quiere tener descendencia.

## **2. Internet y redes sociales presentes en la familia**

Es inevitable que el uso de Internet y de las redes sociales sea un tema a ser abordado por las familias. Desde el simple hecho de contratar el acceso a Internet como el hecho de explicar a los hijos (especialmente menores) el uso que pueden hacer de ella, o tener alguna salvaguarda sobre las horas de acceso y los sitios visitados.

Internet es un miembro más de la familia que tiene muchas virtudes y presenta no pocos riesgos: (i) ofrece mucha información (a veces de modo inorgánica y sin conocer quién la organizó y si es confiable) que ha echado por tierra las ventas de

las antiguas enciclopedias impresas que existían en los hogares; (ii) permite el acceso inmediato a data y a la solución de problemas; (iii) ofrece imágenes que antiguamente no se podían obtener fácilmente; (iv) contiene páginas de entretenimiento y un largo etcétera; pero también: (a) facilita el acceso a sitios de pornografía; (b) a foros de materia insólita; (c) contiene imágenes y videos de toda naturaleza, inclusive de muertes y asesinatos y un más largo etcétera.

Por ello resulta insoslayable asumir su presencia y encauzar adecuadamente su uso, pues también puede contribuir a la formación y educación de los hijos. Y en el caso del teletrabajo puede ayudar a que los padres se conecten desde sus hogares.

El problema también se presenta cuando la tecnología y todas sus herramientas (el *smartphone*, la *tablet*, etcétera) deterioran o destruyen las relaciones familiares.

Los beneficios y ventajas, facilidades, comodidades, etcétera, que brinda la nueva tecnología son avasalladores. Es más: a estas alturas todos nos hemos convertido al credo de las nuevas herramientas que aquella ofrece, pero no podemos pasar por alto la profunda corrosión de una de las bases fundamentales de toda familia: la comunicación y la asignación del tiempo que los seres cercanos requieren de cada cual.

Prestar atención a los riesgos no equivale a ser un emisario de la antiposmodernidad; por el contrario, llamar la atención sobre los excesos del distanciamiento familiar que puede provocar la adicción a las redes sociales o al mundo virtual es un intento de salvar los pocos lapsos que la vida posmoderna y el mundo laboral dejan hoy a la familia.

Pero también existen formas interesantes e inteligentes de utilizar las herramientas tecnológicas en beneficio de la familia o de las relaciones familiares. Quizá una de ellas es alentar los espacios entre padres e hijos cuando alguno de los progenitores trabaja en un lugar distante, o bien cuando los hijos estudian en una ciudad diferente.

Pero, sobre todo, también resulta integrador o multiplicador el uso de Internet, las redes sociales, aplicaciones y los aparatos que se cuelgan de ella cuando se utiliza, o bien como un mecanismo para aumentar el contacto en los casos en que existe un régimen de visitas para uno de los padres, o bien como un medio para tener una de esas visitas en los casos en los que la distancia podría consumir los tiempos asignados al progenitor que no habita con sus hijos. Claro está que será siempre mejor y plena una visita «presencial» antes que virtual, pues ello facilitará al padre y al hijo compartir o vivenciar experiencias que la red no puede habilitar.

Hoy en día se prefiere un régimen de custodia compartida que facilite una mejor relación entre los padres y los hijos, de modo que permita a estos últimos desarrollar espacios con cada uno de sus ascendientes separados que constituyen, en opinión de los expertos, un soporte afectivo que contribuye a la salud mental y emocional de los menores. Nada se opone a que bajo un régimen como este el niño o adolescente que pasa unos días con el padre mantenga contacto con la madre gracias a la tecnología de la que se dispone, aminorando el pesar de la ausencia transitoria. Y lo mismo cuando le toque residir con la madre.

### 3. El amor en los tiempos del coronavirus y los retos para el derecho de familia

Si bien al terminar el año pasado y comenzar el presente vimos con indiferencia las noticias de lo que ocurría en Wuhan, la expansión del COVID-19 y su paso a ser pandemia nos tomó por sorpresa. No fuimos los únicos ni estuvimos preparados. Aún no se ha concebido la vacuna y los meses que vienen seguirá la batalla contra una mayor propagación.

Precisamente como parte de las medidas en busca de la evitación de una difusión devastadora, muchos gobiernos adoptaron medidas de aislamiento y distanciamiento. Ellas se impusieron en el Perú desde el 16 de marzo y al momento de escribir estas líneas se mantiene la cuarentena.

La cuarentena fue una medida imprevista por todos; fue intempestiva y nos tomó por sorpresa. Nadie había planificado nada. Apenas el día 15 de marzo comenzaron los rumores que se hicieron realidad el mismo día en un mensaje nocturno del presidente de la nación.

El anuncio fue de tan solo dos semanas de aislamiento. Hoy tenemos más de 70 días y hace apenas dos semanas que algunas actividades económicas han sido relanzadas por haber estado prohibidas durante casi dos meses, debido a que la norma primigenia apenas permitió algunas actividades consideradas esenciales por el DS N° 044-2020-PCM.<sup>1</sup>

---

1 Además de garantizarse el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios (artículo 2.1 del DS N° 044-2020-PCM), el artículo 4.1. de la referida norma señala que durante la vigencia del estado de emergencia nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.
- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual.
- f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.
- h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (*call center*).
- k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.
- l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales



## **¿Qué efectos han traído la pandemia y la cuarentena decretadas por el Gobierno?**

Además de varios miles de muertos a la fecha, y los casi 150 mil infectados, la paralización congeló la economía y provocó despidos masivos. Se estima en casi un millón los puestos de trabajo que se han perdido, dentro de la economía formal, razón por la que si se suma al sector informal, las cifras podrían ser aterradoras.

A otros trabajadores se les ha suspendido sin goce de haber y a muchos otros se les han recortado las remuneraciones; todo ello como producto de la cuarentena y de la prohibición de casi todas las actividades económicas: si no hay ventas, no hay ingresos; es una realidad innegable.

Las familias hoy permanecen reclusas en sus hogares. Solo aquellos que trabajan en las actividades consideradas esenciales y las complementarias, así como en aquellas que han sido recientemente permitidas, salen a sus centros de trabajo; pero ello no detiene la pandemia debido, sobre todo, a un masivo desacato de la medida de aislamiento por parte de las familias cuyos ingresos provienen de la economía subterránea, a la carencia de un sistema hospitalario preparado para este episodio y, sobre todo, a previsiones del Gobierno que casi nunca se han cumplido respecto de la evolución de la curva de contagios.

De acuerdo con el Ministerio de la Mujer, hasta el 24 de mayo se registraron 36 333 llamadas —durante la cuarentena— a la línea 100, dedicada a recibir denuncias por maltrato a las mujeres y personas vulnerables dentro de la familia. Casi 10 mil han tenido como víctima a menores de edad.

## **¿Qué traducen estas cifras?**

Un deterioro de las relaciones familiares dentro de grupos afectados por encontrarse aislados y posiblemente víctimas del estrés derivado de la pérdida del trabajo, de ingresos y de la imposibilidad de buscar soluciones. Es usual, sin que ello encuentre justificación, que el encierro potencie reacciones violentas y que los destinatarios de la conducta irracional sean aquellos que conforman el entorno obligatorio de quien actúa agresivamente debido a la imposibilidad de que aquellos que sufren el maltrato puedan desplazarse a otro lugar.

La pérdida de trabajo posiblemente haya generado y continúe creando otra clase de problemas a los que el derecho de familia debe dar una respuesta adecuada: muchos deudores alimentarios han sido mermados en sus ingresos para atender no solo su propia subsistencia sino para cumplir, además, con la pensión a la que están obligados. Hace poco leía la entrevista a una jueza especialista en derecho de familia que anunciaba que debido a la actual situación sería irracional sancionar con carcelería a quienes no pueden cumplir con sus deberes de asistencia familiar,

---

estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional.

m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

a lo que hay que añadir que muchos de esos deudores correrán, apenas puedan, a solicitar una disminución o una exoneración de las prestaciones alimentarias que pesan sobre sus hombros.

¿Estaremos en capacidad de dar una respuesta adecuada, sobre todo cuando a veces, siguiendo una regla poco sabia del Código Civil, se prefiere no indagar exhaustivamente la capacidad real de pago del deudor quizá pensando que con ello se privilegia el interés superior del niño?

Ningún interés podrá ser tutelado si se condena a prisión a quien perdió el trabajo o se le exige algo que no puede pagar. Me temo que esta situación lamentable afectará a muchas familias, y no encuentro ninguna medida ni siquiera pensada por el Estado que sustituya o contribuya a dar ayuda complementaria a esas familias. Los planillones de personas beneficiadas con bonos son listas de personas vulnerables, pero no existe nada similar a una relación de acreedores alimentarios golpeados por esta crisis. Y a nadie se le ocurre hacer nada.

Tampoco se ha hecho nada por favorecer la relación entre padres e hijos que no viven juntos por separación de los progenitores, ni las cortes han estado ni están en actividad para dar respuesta a problemas de custodia o de visitas. Dos hechos hacían mayor esta carencia: mientras que en España, en pleno pico de la pandemia, no se había prohibido el encuentro entre padres e hijos que cuenta con un régimen de custodia compartida sin perjuicio de recomendar medidas de prevención en beneficio de los niños (y sugerirse su no exposición), las noticias daban cuenta de que las cortes de Michigan tenían programadas audiencias y vistas de causas familiares para que la pandemia no condene a los miembros de un grupo familiar de la asistencia de los jueces cuando ella es necesaria para resolver un conflicto.

La falta de Estado, sin embargo, y solo para los conectados, no privó a padres e hijos a tener, cuando menos (como hasta el momento de escribir estas líneas), contacto virtual gracias al uso de la tecnología y al *smartphone*. Las *apps* y todas las plataformas gratuitas de conectividad que permiten encuentros audiovisuales se han erigido, en tiempos de pandemia, en una solución temporal para gozar de la relación paterno-filial y no perder esa cercanía que por el momento es solo no presencial. Este beneficio, claro está, no alcanza a los no conectados o a aquellos que no podrían usar estos medios por carecer de Internet en sus hogares o por tener planes de datos modestos. Sin duda, estas vivencias, aún en curso, nos servirán como experiencia para enriquecer, inclusive luego de esta crisis, el espacio entre padres e hijos cuando quieran vivir mayores tiempos compartidos, presencial y virtualmente.

Pero las cosas no terminan allí. Los problemas de pareja posiblemente han sido potenciados por este encierro obligado. Las familias disfuncionales viven episodios de conflicto esencialmente cuando están reunidos los protagonistas de las peleas y disidencias. No me cabe ninguna duda de que la agudización de esas batallas familiares será parte del legado nefasto de esta pandemia. El reto que le espera al derecho de familia en este caso será, sin duda, una respuesta adecuada y rápida de las cortes para dar pie a una esperada separación o para impartir reglas que atenúen el impacto sobre todo en los niños y adolescentes.

El Poder Judicial anuncia la implementación de procesos altísimamente breves, incluso virtuales y de audiencia única. No sé si la prisa es igual a la celeridad en

términos de valoración de todos los intereses involucrados. Pero habrá que probar si ese es el camino adecuado.

Los retos están dados, por supuesto, no solo para este trance. Deben ser motivo de soluciones que apunten a ser permanentes y perfectibles en beneficio de la familia.

Mientras tanto, estamos en condiciones de concluir que hemos ingresado a una era en la que las relaciones afectivas pueden nacer, sostenerse y nutrirse en la red. Y, por ello, siendo irreverente con una hermosa obra de Gabriel García Márquez, podemos sentenciar que el amor en los tiempos del coronavirus no es una novela sino una realidad.

## **Referencias**

Gubern, Román (2000). *El eros electrónico*. Barcelona: Taurus.

Gwinnell, Esther (1999). *El amor en Internet*. Barcelona: Paidós.



# **La problemática jurídica del derecho a la identidad personal frente al COVID-19**

*Carlos Antonio Agurto Gonzáles*  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*María-Pía Guadalupe Díaz Díaz*  
Universidad San Pedro



## 1. Introducción

La pandemia del coronavirus COVID-19 (acrónimo del inglés *Coronavirus Disease 2019*) representa uno de los principales desafíos que enfrenta la humanidad en las últimas décadas. La cantidad de personas infectadas, fallecidas, perjudicadas, ha puesto en jaque todo el sistema planetario, y hace recordar épocas oscuras como la peste negra medieval o la gripe española. Los Estados intentan realizar medidas para frenar o aletargar los efectos nocivos de la enfermedad; no obstante, el enemigo invisible aún se resiste a frenar sus pasos.

Entre las recientes normativas emitidas por el Estado peruano se encuentra el Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, que modificó el artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, el cual prorrogó el estado de emergencia nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. Este último decreto, del 2 de abril de 2019, establecía restringir la circulación de las personas, pues hasta el momento (en espera de encontrarse una vacuna médica) el distanciamiento social es el medio óptimo para frenarlo. Pero algunos segmentos de la población están incumpliendo esta medida.

En el referido decreto se había fijado la circulación por determinados días de la semana para hombres y mujeres, siguiendo, a primera lectura, un modelo estático sobre la identidad, que pudo, en alguna medida, afectar a las personas trans (transgénero y transexuales) en su aplicación. Si bien la referida norma fue dejada de lado por el Ejecutivo, puso en el escenario el debate sobre los alcances del derecho fundamental a la identidad personal.

Este ensayo pretende examinarlo a la luz de los desarrollos realizados en el ámbito de la doctrina jurídica, como su evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú, para, finalmente, llamar la atención sobre la necesidad de una ley de género que pueda tutelar plenamente este derecho existencial de la persona.

## 2. El derecho a la identidad personal

La persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. En efecto, la persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es *ser libertad* (Fernández Sessarego, 1994, p. 231). La identidad personal supone ser «uno mismo» y no otro. La «identidad» del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica mediante un continuo proceso autocreativo, una sucesión de aspectos en los que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Es la «verdad personal», el derecho a ser uno mismo (Pino, 2003, p. 9). La identidad personal no es sino la síntesis de la historia vital de cada persona (Zeno-Zencovich, 1993, p. 294), que permite reconocerse en el vivir comunitario. Es la exigencia de ser uno mismo (Dogliotti, 1999, p. 146). No solo se constituye por los datos objetivos, sino también por la proyección social de la vida de la persona (Finochiaro, 2010, p. 725).

El sujeto, la persona, libra una guerra civil consigo mismo para afirmar y reafirmar su identidad personal, dentro de la gama de las relaciones sociales-comunitarias. Es, como afirmaba el profesor Carlos Fernández Sessarego (1990), padre de este derecho existencial en América Latina, un incesante combate, una lucha, cuya finalidad consiste en que se le considere como tal por los demás, como verdaderamente es, sin desnaturalizaciones ni deformaciones (1990, p. 61). La identidad es una compleja y constante lucha para afirmar que «soy yo» y evitar caer en la multiplicidad de circunstancias y situaciones en las que cada persona tendría que expresar que «no soy yo mismo», debido a que el ser humano no es una máquina, ni un autómatas, sino un ente que se hace, deviene en toda su existencia.

Es, en palabras de uno de los juristas italianos que más ha estudiado este derecho, Adriano de Cupis (1982), el derecho a ser uno mismo, con nuestras propias características y acciones, que se constituye en la verdad de la persona, que no puede, en sí y por sí, ser destruida: que la verdad, por ser precisamente así, no puede ser eliminada (1982, p. 399).

En esa línea, otro sector importante de la doctrina italiana (la experiencia jurídica en Europa donde más se ha ahondado sobre la materia) ha señalado que el derecho a la identidad personal es el derecho por el cual los aspectos del sujeto y de su vida sean tutelados en atención al principio de verdad, evitando sus distorsiones (Torrente & Schlesinger, 2019, p. 148).

En tal sentido, la identidad personal consiste en ser «uno mismo» y no otro, pese a su integración social. Este perfil de la existencia, que es la «mismidad» del ser, se erige como un «primordial interés personal que exige la protección jurídica, al lado y de la misma forma que sucede con otros intereses fundamentales de la persona, como son la vida o la libertad» (Fernández Sessarego, 1990, p. 148).

Tratar sobre el derecho a la identidad personal implica necesariamente hacer referencia a los desarrollos realizados por la cultura jurídica italiana, que fue la fuente primordial para que Carlos Fernández Sessarego desarrollara su teoría sobre el referido derecho (Fernández Sessarego, 2015, p. 52), razón por la cual trataremos algunos de los aportes peninsulares sobre la materia.



### 3. El aporte de la doctrina y la jurisprudencia italianas

El derecho a la identidad personal en la experiencia italiana ha sido considerado como emergente, un nuevo derecho fundamental del sujeto, el producto de la jurisprudencia madurada a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado (Pino, 2003, p. 35).

Se puede encontrar que ya en los años cincuenta y sesenta del siglo XX comienza a evidenciarse una tendencia a superar la visión restrictiva, estática, de la identidad, a favor de una perspectiva más amplia (Trucco, 2004, p. 28). En esta impronta es posible encontrar, como una de las figuras mayores, a Adriano de Cupis (fallecido el 21 de octubre de 2005). Para este jurista, el derecho a la identidad personal tiene por objeto un bien que constituye una cualidad, el modo de ser de la persona: la forma de ser *ser mismo*, que comprende también su relación con la sociedad, la comunidad, donde vive (De Cupis, 1982, p. 403).

De acuerdo con el planteamiento de De Cupis, el centro de la identidad personal es el interés de la persona en aparecer, en el plano social, como realmente es, por lo que la tutela de la identidad personal se realiza a través de la atribución a la persona del derecho al uso exclusivo de ciertos signos distintivos (nombre, pseudónimo, por ejemplo) (Pino, 2003, p. 35), de forma de excluir posibles confusiones con otros miembros de la sociedad. Así, el derecho a la identidad personal es un derecho subjetivo de la persona, esencial e innato, de alcance general, y que encuentra su aplicación particular en la imagen, nombre, seudónimo y el derecho de rectificación. El interés de este derecho no es solo la identificación *erga omnes* de la persona, sino también la *representación social* del sujeto, el interés por el cual la expresión personal no sea cambiada mediante la atribución incorrecta de determinados hechos o situaciones relacionados con su vida (Pino, 2003, p. 36).

Dejando de lado posiciones de perplejidad sobre la existencia de este derecho (Falzea, 1985, p. 88), la evolución de la concepción jurídica de la identidad personal en la cultura jurídica italiana se consolidó entre fines de la década de 1970 y el inicio de los años 1980, como consecuencia de la evolución jurisprudencial. Como bien anota Giorgio Pino (2003), de la primigenia consideración de la identidad como suma de signos distintivos, y por ende como individualidad «física» de la persona en el ámbito de un determinado contexto social, la doctrina italiana arriba a la noción de identidad como *individualidad personal*, vale decir, como imagen social que el sujeto proyecta de sí mismo respecto al conjunto de las ideas, de las convicciones, de las posiciones políticas y todo lo que constituya expresión externa del patrimonio del sujeto (2003, p. 42). Como es evidente, esto representa un «salto de calidad», lo que llevó al profesor Pietro Rescigno (1981) a declarar que «puede encontrar menores aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que aquí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad» (1981, p. 189).

Se ha considerado que la moderna perspectiva del derecho a la identidad personal inicia una nueva estación en la tutela jurídica de la persona (Pino, 2003, p. 43), diferenciándola de sus manifestaciones particulares (especialmente el nombre).

En el ámbito jurisprudencial, fue la precursora sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974 el acta bautismal del reconocimiento del derecho a la identidad personal en Italia (Pino, 2003, p. 65). En esta sentencia, citada en Gambaro (1981), se llega a declarar que «el ordenamiento jurídico tutela el derecho de cada uno a no ser desconocida la paternidad de las propias acciones y, especialmente, no atribuirse la paternidad de actos no suyos, y no ser alterada la propia personalidad individual» (p. 519). En tal sentido, el derecho a la identidad personal es el derecho de cada persona a ser representada, en la realidad social y en sus relaciones personales, con su verdadera esencia, así como es conocida en el contexto en que vive y desarrolla su vida (Nivarra, Ricciuto & Scognamiglio, 2019, p. 171). Por ello, anotaba magistralmente un jurista tan agudo como Stefano Rodotà que la identidad personal es una cuestión abierta en el tiempo (2017, p. 128).

Otro de los pasajes neurálgicos del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la identidad fue la Sentencia N° 3769, emitida en la Corte de Casación del 22 de junio de 1985. En este pronunciamiento, citado en Pino (2003), la suprema magistratura manifestó que:

cada sujeto tiene interés, considerado generalmente merecedor de tutela jurídica, de ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como esta en la realidad social, general y particular, es conocida o podía ser conocida con los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva; es decir, tiene interés en no verse al exterior alterado, cambiado, en el contexto de su patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc. (p. 79)

También la Corte Constitucional de Italia, mediante Sentencia N° 13 del 3 de febrero de 1994, estableció que el derecho a la identidad personal, citado en Pino (2003), «constituye un bien por sí mismo, independientemente de la condición personal y social, de las virtudes y de los defectos del sujeto, por lo que se le reconoce el derecho a que su individualidad sea preservada» (2003, p. 95).

#### **4. La perspectiva peruana. El planteamiento original de Carlos Fernández Sessarego: la identidad estática y la dinámica**

El derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de países latinoamericanos en la década de 1980. Es solo en la última década del referido siglo cuando aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituye el núcleo de los derechos fundamentales de la persona. Es el libro del recordado maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 6 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019), *Derecho a la identidad personal*, publicado por Astrea de Buenos Aires en 1992, el principal aporte doctrinario en América Latina sobre el tema.

Para Fernández Sessarego (2015), la identidad personal se presenta como un primordial interés existencial que merece tutela jurídica. Es, por ende, una situación

jurídica por la cual el sujeto tiene el derecho a ser representado fielmente en su protección social. Teniendo el sujeto el derecho a que se le conozca y defina de acuerdo con su «verdad personal», tal como es, sin desfiguraciones, sin alteraciones, sin falseamientos, sin distorsiones o desnaturalizaciones de sus características, tanto estáticas como dinámicas, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser «el mismo» y no «otro» (205, p. 117). Supone entonces este derecho la exigencia del respeto de la propia biografía.

La identidad personal, de acuerdo con la teoría del jusfilósofo peruano, posee dos tipos de componentes que integran una unidad inescindible. Surge como resultado de una información genética de base que es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son elementos que conforman la *identidad estática* en cuanto ella es invariable. No obstante, la identidad se complementa con un plexo de atributos, características y rasgos de la persona. Estos datos, a diferencia de los biológicos, pueden cambiar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la persona constituye el *elemento dinámico de la identidad*, que se encuentra compuesto por las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del ser humano, entre otros. Este conjunto de características que individualizan a la persona se exteriorizan, proyectándose al mundo social, y permiten a los demás identificar al sujeto en la comunidad. La identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como «identificación», noción que no abarca los aspectos propios de la persona. La identidad personal, que integra también la identidad sexual,<sup>1</sup> es una noción comprensiva de todas las calidades del ser humano.

Con la incorporación del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana de 1993 se abre un nuevo capítulo en la constante evolución de los derechos de la persona en el Perú. No obstante, como afirmaba el profesor Carlos Fernández Sessarego, si bien no fue posible que el derecho a la identidad personal fuera regulado por el Código Civil de 1984, fue introducido en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993,<sup>2</sup> por influencia suya.<sup>3</sup>

---

1 Sobre el tema de la identidad sexual, en relación con la problemática del transexualismo, véase Patti (1999, p. 416) y Stanzone (2010, p. 213 y ss.).

2 Uno de los más notables civilistas peruanos, el profesor Yuri Vega Mere (1995), señala que «el afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este valor fundamental del ser humano, en el inciso 1 del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento, que es el primero que la acoge en su más amplia acepción [...]» (p. 54).

3 «La Constitución de 1993 tuvo también inspiraciones audaces. Por ejemplo, el moderno derecho a la identidad fue introducido por Carlos Torres y Torres Lara a iniciativa de Carlos Fernández Sessarego» (Ramos Núñez, 2018, p. 110).

## 5. El marco de protección del derecho a la identidad de las personas trans: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana protege el derecho a la identidad, el cual se erige del reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada. De esta manera, la ha definido como «el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso» (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 90). De igual manera, ha reconocido que de este derecho se desprende un derecho a la identidad de género, el cual concibe como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento» (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 94). Así, respecto al proceso de reconocimiento de la identidad de las personas trans, los Estados deben considerar que:

[...] el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes al sometimiento a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida u otros que desvirtúen *el principio según el cual la identidad de género no se prueba*, por tanto el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante. (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 129). (Cursivas nuestras)

[...] los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 130)

[...] no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 146)

Aunado a ello, en anteriores pronunciamientos de naturaleza contenciosa, como los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Duque vs. Colombia* (2016) y *Flor Freire vs. Ecuador* (2016), ha dejado claro que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.

En el Perú actualmente no existe una ley específica de protección del derecho a la identidad de las personas trans, pero sí protección constitucional. En efecto, la Constitución Política del Perú regula que: «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida,

a su *identidad*, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece» (Constitución, 1993, artículo 2) (Cursivas nuestras). Respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional del Perú ha desplegado un desarrollo jurisprudencial bajo tres sentencias de gran relevancia para el análisis del tema.

Este desarrollo se inició en 2006 con el caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, que consideramos el antecedente más importante en la materia, dado que, en atención a la correlación entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, por primera vez se otorga un contenido al derecho a la identidad personal como elemento esencial para garantizar una vida digna (Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, 2006, fj. 7). De esta manera, el derecho fundamental a la identidad personal se sustenta en la dignidad humana y, por ende, goza de una doble dimensión o un doble carácter, esto es, un contenido objetivo y subjetivo. El primero impone a los poderes públicos el deber positivo de proteger ese derecho y el deber de abstenerse de realizar algún acto contrario a su deber de protección. El contenido subjetivo, la facultad del titular del derecho de defenderlo frente a terceros, ya sea el Estado o los particulares (Villaverde y otros, 2004). En esta sentencia, además, se define el sexo del individuo como aquel compuesto por diversos elementos, incluyendo el psicológico y social. En línea con ello, agrega que «al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse» (Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, 2006, fj. 15). Por ello define el derecho a la identidad como:

El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). (Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, 2006, fj. 21)

Con esto se evidencia que el Tribunal Constitucional asume una postura sobre el sexo de las personas que va más allá del aspecto únicamente biológico, considerando también los elementos psicosociales en su composición, y que este se desarrolla a lo largo de la vida en línea con la personalidad de cada uno, aunque no llega a incluirlo en la clasificación como un componente subjetivo o dinámico de la identidad. Es preciso señalar que en esta sentencia se admite el cambio de nombre de la demandante, en atención a que lo solicitado se restringió solo a ese extremo.

Seguidamente, en 2014, con el caso Pamela Estela Mendoza Moreno, el Tribunal Constitucional adopta una posición estrictamente biologicista sobre el sexo de las personas y sostiene que:

Para el Derecho entonces el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX

(femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en «la naturaleza de las cosas» (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo. (Expediente N° 139-2013-PA/TC, 2014, fj. 5)

Como podemos advertir, en esta sentencia se asume la doctrina de la indisponibilidad del sexo de las personas, considerando que este tiene un carácter objetivo dentro de la clasificación realizada en la sentencia anterior, en la cual no se llegó a establecer como un elemento dinámico. Nótese que al definir al sexo solo considera el elemento biológico, dejando de lado el componente psicosocial. Toma provecho entonces de la clasificación abierta dejada en la sentencia anterior y posiciona al sexo en el plano objetivo, debiendo quedar ello establecido en el registro civil como una exigencia constitucional. Esto trajo como consecuencia fatal la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las minorías trans, dado que se estableció que no procedía solicitar este tipo de reconocimiento. Recordemos que la identidad personal como un derecho fundamental basado en la dignidad de las personas permite su exigencia de protección ante los órganos jurisdiccionales; sin embargo, a través de esta sentencia se cerró esta facultad, negando a las personas trans la posibilidad de tener un documento de identidad que refleje su identidad sentida y vivida.

Finalmente, en 2016, con el caso Ana Romero Saldarriaga, el Tribunal Constitucional deja sin efecto la doctrina del fallo anterior para dar paso a una concepción mejor elaborada del derecho a la identidad en sus ambas vertientes, al señalar que:

La realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia [...] se caería en un determinismo biológico que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y ello obviaría que el ser humano es un ser también psíquico y social. (Expediente N° 6040-2015-PA/TC, 2016, fj. 13)

Partiendo de ello, se reconoce la existencia de un derecho a la identidad de género, como aquel que forma parte del contenido del derecho a la identidad personal, y que define como ese:

[...] conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano y que le permite distinguirse de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como «hombre» o «mujer», es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad. (Expediente N° 6040-2015-PA/TC, 2016, fj. 14)

De esta manera, el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha conducido al reconocimiento de un nuevo derecho, como consecuencia de una



interpretación evolutiva de la Constitución y en amparo de su artículo 3. Esto con la finalidad de proteger los derechos constitucionales, que también constituyen derechos humanos, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana. Sobre todo, los de aquellos grupos minoritarios que no se encontraban en la mirada del debate del constituyente de 1993, razón por la cual la labor interpretativa del máximo intérprete ocupa una función de vital importancia para la protección de los derechos, en atención a que la Constitución es una norma de mínimos.

Como consecuencia de este último fallo constitucional, el reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans viene siendo atendido por la judicatura ordinaria a través del proceso sumarísimo. Máxime que también exhorta al Estado peruano a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para asegurar a estas minorías el goce y ejercicio de su derecho a la identidad en condiciones de igualdad, lo que no se ha logrado: hasta la fecha se continúa sometiendo a las personas trans a un proceso judicial para el reconocimiento de su identidad, que si bien se desarrolla en la vía sumarísima, de todas maneras implica un tiempo de espera considerando la carga procesal, la decadencia del sistema judicial peruano y, sobre todo, un corto conocimiento en materia de diversidad. Por otro lado, que, dada la actividad probatoria de todo proceso judicial y la falta de claridad de la sentencia constitucional, en cuanto a los requisitos para su reconocimiento o la viabilidad de enmarcarlo en el principio de la autodeterminación, puede poner en peligro otros derechos fundamentales como la integridad física y la igualdad ante la ley.

## **6. El Decreto Supremo N° 057-2020-PCM y su impacto en el derecho a la identidad**

El pasado 2 de abril, en el marco de las medidas implementadas por el Gobierno para la lucha contra el Covid-19, se publicó el Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, por el cual se incorpora el numeral 3.8 al artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM sobre prórroga del estado de emergencia nacional. Así se dispone, respecto a la medida de inmovilización social obligatoria, que:

Para la adquisición de víveres o productos farmacéuticos, solo está permitido el desplazamiento de una persona por núcleo familiar. Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día. Para la aplicación y control de la presente disposición, queda prohibido cualquier tipo de discriminación. (artículo 3.8)

Esta disposición de tránsito nos llevó a preguntarnos: ¿qué pasa con las personas trans? Como hemos visto, en el desarrollo jurisprudencial en el Perú hemos llegado al reconocimiento del derecho a la identidad de género y a que esto se vea reflejado en el documento nacional de identidad. Si bien se trata de un importante avance, su aplicación práctica todavía presenta muchas deficiencias, razón por la cual gran par-

te de estas minorías trans aún no ven reconocido de manera oficial su sexo sentido y vivido en el documento de identidad. Por ello no se les da un trato jurídico como el género con el que se identifican, sin estigmatizarlos, discriminarlos o sancionarlos por ello. A este respecto, del documento nacional de identidad, como lo señaló el Tribunal Constitucional (2006):

Depende no solo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura. (Expediente N° 2273-2005-PA/TC, fj. 26)

Entonces, debemos entender que el derecho a la identidad no termina en la identificación, sino que su reconocimiento también constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados en la Constitución y que resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos como la protección contra la violencia, la tortura y los malos tratos, y el goce del derecho a la salud, la educación, el empleo, la vivienda, el acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y asociación, entre otros (Opinión Consultiva N° OC-24/17, 2017, párrafo 98).

La referida disposición contenía en la parte final del primer párrafo «queda prohibido cualquier tipo de discriminación», a la que se sumó la declaración del Presidente de la República respecto a que el gobierno peruano es inclusivo y que no se permitirá ninguna medida homofóbica (o, correctamente expresado, transfóbica), así como las declaraciones de algunos ministros que respaldaron la posición estatal de que no se verificaría el sexo que figura en el documento nacional de identidad sino mediante la apariencia de la persona, lo que expresa su verdad existencial. Sin embargo, la realidad nos mostró la otra cara de la moneda, y a partir de la puesta en marcha de esta medida y durante los ocho días de su vigencia fuimos testigos, a través de los noticieros y redes sociales, de los abusos cometidos por la Policía Nacional contra estas personas, a quienes se detenía en la calle para solicitarles el documento de identidad y se les juzgaba por el sexo ahí consignado, pese a que su apariencia indicaba lo contrario. Observamos también la imposición de castigos, como hacer ejercicios, pronunciar frases como «quiero ser hombre», entre otras vejaciones seguidas de burlas, en un claro atentado contra su dignidad humana. Estos actos de discriminación representan una violación de los derechos humanos, que vulneraban el derecho al libre tránsito, incluso dentro de los días que podían hacerlo de acuerdo con su apariencia, ocasionándoles intimidación, un claro obstáculo en el ejercicio de sus derechos.

Esta medida fue dejada sin efecto a través del Decreto Supremo N° 064-2020-PCM, publicado el 10 de abril de 2020. No obstante, los hechos nos revelan que en la sociedad peruana y en las propias autoridades existe un alto rechazo a las minorías trans, lo que se traduce en la desigualdad y discriminación que ya venían



sufriendo a lo largo de la historia y que se acentúan en estos momentos de pandemia y de emergencia con la restricción de derechos fundamentales.

## **7. Respuesta de los organismos internacionales y autoridades nacionales**

Sobre los diferentes hechos de violación de derechos humanos que se vienen suscitando en los Estados, los organismos internacionales que se ocupan de su protección emitieron una serie de pronunciamientos en pro del respeto de los derechos humanos de los grupos de especial vulnerabilidad como la población LGBTI. De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Declaración 1/20, de 9 de abril, insta a los Estados a abordar la problemática de la pandemia con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales (Corte IDH, 2020). A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución 1/2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, de 10 de abril, señala la necesidad de prestar atención al impacto que tienen las medidas de emergencia frente a la pandemia en los derechos humanos de grupos históricamente discriminados, como es el caso de las personas trans. Recomienda a los Estados adoptar medidas específicas durante la pandemia, tales como: garantizar su inclusión, adoptar o fortalecer protocolos en atención de la salud y sistema de denuncias, adoptar o fortalecer políticas que garanticen su respeto a la identidad en el ámbito hospitalario y adoptar campañas de prevención y combate contra la homofobia y transfobia especialmente a personal de salud y de seguridad del Estado (CIDH, 2020).

En la misma línea, la CIDH emitió el Comunicado de Prensa de 20 de abril de 2020, donde manifestó su preocupación en razón de que estas medidas puedan conllevar riesgos para los derechos de las personas LGBTI y derivar en actos de discriminación y violencia, poniendo de ejemplo los casos peruano y panameño, en atención a que «la policía y otras fuerzas de seguridad de los Estados de la región comparten las mismas actitudes y prejuicios contra personas LGTBI que prevalecen en la sociedad en general» (CIDH, 2020). Y llama a los Estados a «adoptar políticas de sensibilización dirigidas a las fuerzas del orden público y a las autoridades judiciales en materia de identidad y expresión de género, que tomen en cuenta que las personas trans y de género diverso, frecuentemente, no cuentan con un documento de identificación personal que refleje de manera adecuada su identidad y/o expresión de género» (CIDH, 2020).

Es importante agregar también que, a través de la sentencia del caso Azul Rojas Marín vs. Perú, de 12 de marzo de 2020, recientemente se ha condenado al Estado peruano por violación de los derechos a la libertad e integridad personal, a la vida privada, a no ser sometido a tortura, a las garantías judiciales y a la protección judicial. Azul Rojas Marín es una mujer trans que el 25 de febrero de 2008 caminaba durante la noche hacia su casa cuando fue detenida arbitrariamente por agentes de la Policía Nacional, quienes la obligaron a subir al vehículo policial propinándole golpes e insultos. Posteriormente, en la comisaría, fue desnudada forzosamente,

golpeada, torturada y finalmente violada sexualmente por vía anal con una vara policial. Permaneció detenida hasta las 6 de la mañana sin que se registrara su detención (Azul Rojas Marín vs. Perú, 2020, párrafo 106). En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020):

Concluye que en la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia [...] La violencia en algunas ocasiones es cometida por agentes estatales, incluyendo efectivos de la policía nacional y del serenazgo, tal como se alega que ocurrió en el presente caso. (Azul Rojas Marín vs. Perú, fj. 51)

Efectivamente, lo concluido en esta reciente sentencia es un claro reflejo de la realidad que viven día a día las personas trans y, en general, la población LGBTI en el Perú, y que muchas veces suele quedar invisibilizada. Con ello también se corroboran los hechos sucedidos durante el periodo de vigencia del Decreto Supremo N° 057-2020-PCM de 2 de abril, con los abusos y la discriminación perpetrada por la Policía Nacional. Urge, entonces, la implementación de las medidas impuestas al Estado peruano, dentro de las cuales se destaca:

[...] adoptar un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia; crear e implementar un plan de capacitación y sensibilización sobre violencia contra las personas LGBTI a los agentes estatales; diseñar e implementar un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI; eliminar el indicador de «erradicación de homosexuales y travestis» de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú. (Azul Rojas Marín vs. Perú, 2020)

Esta problemática también fue advertida por la Defensoría del Pueblo, a través del Informe N° 12-2020-DP, de 9 de abril, sobre la situación de personas de especial protección a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria. Allí la Defensoría menciona cómo estas medidas adoptadas han ocasionado afectaciones a los derechos a la integridad e identidad de las personas LGBTI. Tanto es así que reitera la recomendación realizada al Congreso de la República referida a la aprobación de una ley específica en la materia y la realización de capacitaciones al personal de la Policía Nacional en temas de igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI. Se debe señalar que la Defensoría del Pueblo ha venido recomendando estas medidas desde el 2016, a través del Informe Defensorial N° 175 y del Informe de Adjuntía 007-2018-DP/ADHPD.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del Día Internacional contra la Homofobia, Bifobia y Transfobia, hizo un llamado a los Estados parte a considerar las repercusiones que se pueden ocasionar a las personas LGBTI con las medidas adoptadas contra la pandemia del Covid-19, desde un enfoque de derechos humanos, reiterando las recomendaciones formuladas en la Resolución 1/2020.

## **8. A modo de conclusión**

Es necesario reconocer que los derechos de las personas LGBTI son derechos humanos; que esta población, históricamente discriminada, también sufre las consecuencias del sistema sexo-género, a través de la cual son violentadas u obstaculizadas en el ejercicio de sus derechos por apartarse de los patrones socialmente construidos sobre la genitalidad de las personas. No se acepta ni se comprende que las personas son diversas, idénticas a sí mismas; que, en atención a la libertad como seres con dignidad, pueden proyectar su vida conforme a sus más profundas aspiraciones, entendiendo que la identidad es parte del proyecto de vida. El no reconocimiento de sus derechos humanos se traduce en negarles su condición de seres con dignidad, en el establecimiento de diferencias por su identidad diversa, cuando la dignidad de las personas está por encima de las características que pueda tener cada una. Recordemos que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos, y que las Constituciones políticas la adoptan como principio y como derecho subjetivo. En ese sentido, los derechos fundamentales tienen un doble carácter y así imponen a los poderes públicos el deber positivo de proteger ese derecho, lo que hasta ahora no se ha realizado respecto al derecho a la identidad personal.

Tampoco es suficiente la mera positivización del derecho, sino que esto debe involucrar también su concreción efectiva en la realidad, para lograr la igualdad real y material, la que se traduce en la igualdad de oportunidades para el acceso y disfrute de todas las personas, a través de las disposiciones normativas y políticas públicas enfocadas en ello. Es momento de preocuparnos por esa parte tan importante que falta desarrollar, la igualdad real y material; de lo contrario estaríamos admitiendo que los derechos solo pueden ser ejercidos por una parte y que la otra, por sus características, no puede acceder a ellos. Vulneramos así el fin supremo de todos los derechos fundamentales, que es el reconocimiento de la dignidad de las personas por el hecho de ser personas, independientemente de cualquier característica.

Los hechos ocurridos durante los ocho días de vigencia del Decreto Supremo N° 057-2020-PCM son una muestra clara de cómo entiende y responde la sociedad peruana y las autoridades ante las personas trans: con violencia y discriminación. Hechos que durante mucho tiempo se han encontrado invisibilizados, situación que se mantiene en la mayoría de casos, pues son pocos quienes se atreven a denunciar, precisamente porque son quienes deberían defenderlos los que violan sus derechos, como lo demuestra el triste caso de Azul Rojas Marín. Esta problemática social se intensifica en tiempos de emergencia como en el que nos encontramos actualmente producto del Covid-19 con la limitación de algunos derechos fundamentales. Por ello, antes de adoptar las medidas pertinentes para la contención del virus, es necesario considerar las consecuencias y prever los mecanismos necesarios para evitar un grave impacto no solo en los grupos LGBTI, sino también sobre las mujeres, las personas con discapacidad y, en general, quienes integran los grupos más vulnerables. Esto es, como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicar un enfoque de derechos humanos.

En la misma línea, esta situación debe servir para replantearnos la necesidad de una ley específica en la materia, que les reconozca un proceso basado en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin la exigencia de requisitos invasivos y abusivos como certificaciones médicas o psicológicas, o de operaciones quirúrgicas o tratamientos hormonales que son contrarios a la integridad personal. La naturaleza del proceso de reconocimiento debe ser administrativa o notarial, libre de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que lo solicita, como lo ha indicado el máximo tribunal de garantía de los derechos humanos en la región. La falta de desarrollo legislativo en la materia y el no reconocimiento de la identidad sentida y vivida constituyen una negación del derecho a la identidad de las personas trans. Estamos negando esta realidad, la existencia de estas minorías, que merecen la tutela oportuna de sus derechos. No olvidemos que las democracias no solo implican el gobierno de mayorías, sino también el respeto por los derechos de las minorías.

## Referencias

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Resolución 1/2020 COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. Consulta: 17 de mayo de 2020 <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *La CIDH llama a los Estados a garantizar los derechos de las personas LGBTI en la respuesta a la pandemia del COVID-19*. Consulta: 17 de mayo de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/081.asp>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC-24/17. 24 de noviembre de 2017. Consulta: 17 de mayo de 2020. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Caso Azul Rojas Marín vs. Perú. Sentencia: 12 de marzo de 2020. Consulta: 17 de mayo de 2020. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Declaración 1/20. Consulta: 17 de mayo de 2020. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>

De Cupis, Adriano (1982). *I diritti della personalità*, Milán: Giuffrè editore.

Dogliotti, Massimo (1999). *Le persone fisiche. Trattato di diritto privato*. Turín: Utet.

Falzea, Angelo (1985). *Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità. La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*. Milán: Giuffrè editore.

Fernández Sessarego, Carlos (1990). *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultura Cuzco S.A.

Fernández Sessarego, Carlos (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.

El constitucionalismo de La problemática jurídica del derecho a la identidad personal frente al COVID-19

Fernández Sessarego (1994). Un nuovo modo di fare diritto. *Il diritto dei nuovi mondi*. Padua: Cedam.

Fernández Sessarego (2015). *Derecho a la identidad personal*. Lima: Instituto Pacífico.

Finocchiaro, Giusella (2010). Identità personale (diritto alla). *Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*. Turín: Aggiornamento.

Gambaro, Antonio (1981). Diritti della personalità. *Rivista di Diritto Civile*. Padua: Cedam.

Nivarra, L., Ricciuto, V., & Scognamiglio, C. (2019). *Diritto privato*. Turín: G. Giappichelli editore.

Patti, Salvatore (1999). Transessualismo. *Digesto*. Turín: Utet.

Pino, Giorgio (2003). *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Il Mulino.

Ramos Núñez, Carlos (2018). *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Rescigno, Pietro (1981). Conclusioni. *Il diritto alla identità personale*. Padua: Cedam.

Rodotà, Stefano (2017). *Diritto d'amore*. Bari: Editori Laterza.

Stanzione, Pasquale (2010). Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982. *Observatorio de Derecho Civil*. Lima: Motivensa editora Jurídica.

Torrente, A., & Schlesinger, P. (2019). *Manuale di diritto privato*. Milán: Giuffrè Francis LeFebvre.

Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. Sentencia: 21 de octubre de 2006. Consulta: 17 de mayo de 2020. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional. (2014). Expediente N° 139-2013-PA/TC. Sentencia: 18 de marzo de 2014. Consulta: 17 de mayo de 2020. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2016). Expediente N° 6040-2015-PA/TC. Sentencia: 21 de octubre de 2016. Consulta: 17 de mayo de 2020. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

Trucco, Laura (2004). *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*. Turín: G. Giappichelli Editore.

Vega Mere, Yuri (1995). Personas naturales: nuevas propuestas. *Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Zeno-Zencovich, Vincenzo (1993). *Identità personale. Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile*. Turín: Utet.



## **Reales y registral**





# **COVID-19 y la resiliencia del sistema registral peruano**

*Gilberto Mendoza del Maestro*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

Los acontecimientos con grandes efectos negativos (catástrofes) han sido estudiados interdisciplinariamente hace décadas como «katastrophenrecht», «disaster law» o, en nuestro continente, como «direito dos desastres».

El cómo se reacciona frente a estos sucesos es uno de los frentes de análisis de esta no tan nueva rama de estudio. Se señala que la resiliencia (*resilienz des rechts*), entendida como capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un estado o situación adversa,<sup>1</sup> puede ayudar no solo para un enfoque estático del derecho, sino también para lograr que las instituciones puedan reaccionar cada vez más con mayor eficiencia en nuevos escenarios.

En ese sentido, en este texto vamos a analizar el rol de los registros públicos en estos escenarios, con énfasis en la actual realidad: su configuración, la afectación que ha ocasionado al sistema y la reacción que este ha tenido para ponerse al servicio de los ciudadanos.

## 2. Una mirada previa: «das katastrophenrecht»

En Alemania se distingue entre catástrofe (katastrophen) y la «katastrophenrecht». Así, pues, Christoph Schmidt señala que el primero es un acontecimiento de grandes efectos dañosos (Christoph Schmidt, 2009, p. 94), en tanto la katastrophenrecht es una materia que no pretende resolver el hecho en sí, dado que no le es aplicable *per se* una regulación, sino más bien se preocupa por la regulación de la protección contra los efectos de las catástrofes en sentido estricto: es decir, la previsión en caso de desastres, la lucha contra los desastres y la superación de los efectos de estos.

Podemos clasificar estos hechos en naturales, por hechos humanos y por virus que han diezmando sustancialmente a la población. Entre los hechos naturales podemos encontrar en la historia, por ejemplo, el terremoto de Shaanxi (1556), China, en el cual fallecieron aproximadamente 830 000 personas. Luego, el ciclón de Calcuta

---

1 <https://dle.rae.es/resiliencia>

(1737), que ocurrió en el delta del río Ganges y desató una tormenta con una marea de entre 10 y 13 metros de altura. En este desastre fallecieron aproximadamente 300 000 personas. Finalmente, la inundación en China por el desborde del río Amarillo (1931), en el cual fallecieron más de un millón de personas por los efectos mismos de la inundación así como por sus consecuencias colaterales, como la falta de cosecha y la consecuente hambruna, enfermedades como el cólera o la tifoidea, entre otras.

En segundo lugar están los hechos humanos que causaron intencional o negligentemente efectos nocivos sobre la comunidad. Tenemos así cada una de las guerras mundiales, con énfasis, en 1945, en las bombas sobre Hiroshima y Nagasaki, que provocaron la muerte de cerca de 200 000 personas. De igual forma, en 1986 ocurrió la explosión de uno de los cuatro reactores de Chernóbil Ucrania, que liberó una radiación mayor que en el caso de las bombas de Hiroshima y Nagasaki. Si bien las estadísticas dicen que fallecieron directamente 32 personas, en los años siguientes esta cifra se ha calculado en casi 30 000.

Otros hechos también han diezmando a la población, como la variola virus, que generaba la viruela y provocó la muerte de aproximadamente 300 millones de personas. Así también tenemos el sarampión (más de 200 millones), la llamada peste española (más de 50 millones) y la peste negra (aproximadamente 75 millones).

Actualmente vivimos la pandemia del denominado COVID-19, el cual a la fecha de la redacción de este texto lleva casi 7 000 000 de casos oficiales de contagio a nivel mundial, y con una mortalidad de aproximadamente 400 000 casos oficialmente reportados.

### **3. Las medidas generales adoptadas**

En resguardo de la salud pública, el Gobierno ha declarado el estado de emergencia en nuestro país, por el cual se ha restringido el ejercicio de los derechos relativos a la libertad y seguridad, la libertad de reunión y de tránsito, entre otros.

Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, del 15 de marzo de 2020, se declaró el estado de emergencia a nivel nacional por el plazo de 15 días calendarios y se dispuso el aislamiento social obligatorio por las graves circunstancias que afectan la vida y la salud de las personas.

Este fue extendido mediante DS N° 051-2020-PCM, del 27 de marzo de 2020, por 13 días calendarios adicionales, hasta el 13 de abril. Luego, mediante DS N° 064-2020-PCM, del 9 de abril de 2020, se lo amplió por 14 días calendarios, hasta el 26 de abril, y más tarde, por DS N° 075-2020-PCM, del 23 de abril de 2020, por 14 días calendarios más, hasta el 10 de mayo.

El DS N° 083-2020-PCM, del 9 de mayo de 2020, amplió el estado de emergencia por 14 días calendarios adicionales, hasta el 24 de mayo, y, finalmente, por DS N° 094-2020-PCM, del 23 de mayo de 2020, se prorrogó el estado de emergencia desde el 25 de mayo hasta el 30 de junio de 2020.

Estas medidas han causado gran impacto en diferentes aspectos de la vida de la población: educativo, contractual, profesional, entre otros. Así, pues, en el ámbito

educativo ha existido un cambio de la modalidad presencial a la modalidad a distancia, lo cual ha generado un requerimiento a las entidades educativas para que disminuyan el monto de las pensiones, dado que se alega que la calidad no es la misma y los costos de los colegios se han reducido.

En el ámbito contractual, se ha discutido de forma activa sobre quién debe asumir los riesgos de los contratos. Respecto de los contratos de arrendamiento de inmuebles para vivienda, se ha señalado que la prestación de la cesión del uso se viene cumpliendo, por lo que la contraprestación no debería verse afectada. Situación distinta a la planteada por los contratos de arrendamiento de locales comerciales, en la cual no se puede explotar efectivamente el bien dada la restricción en el desplazamiento de los ciudadanos.

Estas medidas generales también han afectado a los registros públicos, los cuales no brindan la atención al público desde la declaración de emergencia, salvo los supuestos de publicidad formal que vamos a indicar más adelante.

Debe tenerse en cuenta que dicha solución no es la general, pues por ejemplo en ordenamientos como el de España se le ha declarado servicio esencial, por lo que, aun con restricciones, se ha seguido brindando el servicio. Los registros en México también han seguido brindando sus servicios, aunque con ciertos protocolos.

Es claro que en nuestro país se ha privilegiado la salud a la economía en la toma de decisiones, pero poco a poco se ha venido trabajando con protocolos para la reactivación de la economía. ¿Cuál es el rol de los registros públicos en esto?

Para entenderlo y poder dar un contexto respecto de porqué la reacción en nuestro sistema ha sido la que hemos tenido y no similar a la de otros países, vamos a trabajar sobre dos registros: el inmobiliario y el mercantil.

#### **4. El sistema registral peruano**

En 1994, mediante Ley 26366, se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), un organismo público descentralizado autónomo del sector justicia que dirige el Sistema Nacional de los Registros Públicos. La SUNARP tiene personería jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico-registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

El sistema registral, como parte de la administración pública, se construye sobre las siguientes garantías: a) Tutela la autonomía del registrador, dado que este es un profesional técnico, por lo que ellos determinarán si un título merece o no la publicidad de los derechos solicitados para su inscripción. b) Una vez inscritos los derechos, se tutelan los asientos con la garantía de intangibilidad, por lo que no podrán ser modificados, salvo por título modificatorio posterior o por decisión judicial. c) Si quien califica es un personal preparado, la publicidad que genere el asiento genera confianza, y dicha confianza debe ser tutelada. Por tanto, la seguridad del tráfico es otra de las garantías. d) La última garantía será la patológica: dado que las personas que califican son seres humanos, pueden cometer errores, y si se cometen, el sistema debe resarcir.

#### 4.1. Registros públicos: ¿registros jurídicos o registros administrativos?

Según el *Diccionario de la lengua española*, el registro de la propiedad es definido como el: «1. registro en que el registrador inscribe todos los bienes raíces de un partido judicial, con expresión de sus dueños, y donde se hacen constar los cambios y limitaciones de derecho que experimentan dichos bienes». En cambio, define el registro mercantil como el: «1. registro que, con carácter público, sirve para la inscripción de actos y contratos del comercio, preceptuada legalmente en determinados casos».<sup>2</sup>

Se ha planteado en la doctrina registral la distinción entre los registros administrativos y los registros jurídicos. Respecto a los primeros, Leyva de Leyva (s. f., p. 274) nos indica:

En los Registros administrativos prima el interés general o público. Por ser la actividad registral de los Registros administrativos desarrollada por entes públicos conforme a un régimen de Derecho público, con objeto de satisfacer una necesidad general o interés público, se pueden incluir dentro del concepto de servicio público [...]. Son órganos administrativos, bajo un régimen de Derecho Público; prestan el servicio de dar notoriedad de la existencia de hechos o datos.

Así, pues, dichos registros emitirán efectos débiles, siendo meramente informativos —piénsese en las boletas informativas—; se trata de un medio probatorio limitado, y la labor que realizan los funcionarios se basa en normas específicas en las cuales su nivel de discrecionalidad es casi nulo, limitándose a la constatación de la existencia de datos con la finalidad de verificar que lo que se inscribe es cierto, pero sin un estudio de tipo jurídico. De otro lado, los registros jurídicos son aquellos en los que la inscripción se convierte en declaración de situaciones jurídicas subjetivas o en la inscripción de negocios jurídicos (*v. gr.*, la persona jurídica), asegurando certeza en los datos que se anuncian (eficacia sustantiva). Tomando esto en consideración, en países como España, donde se ha delegado la función de la inscripción a registradores que forman parte de una institución colegiada, se indica que los registros jurídicos no satisfacen directamente necesidades públicas o colectivas, ni tienen inmediatamente interés público, ni son desempeñados por órganos de la propia administración. Como dice Leyva de Leyva (s. f., p. 285):

He aquí la explicación de por qué el Estado no realiza directamente la publicidad registral, precisamente porque no satisface necesidades públicas inmediatas. La intervención o control administrativo no desnaturaliza, ni debe hacerlo, el carácter profesional privado, revestido de eficacia pública por ministerio de la ley. Interpretar el Registro de la Propiedad como servicio público retribuido por tasas provocaría antinomia.

Tomando ello en consideración, y partiendo de la premisa de que la facultad calificadora es un juicio unipersonal, técnico y profesional de naturaleza puramente

---

2 DRAE. <https://dle.rae.es/registro?m=form#5sOPdIA> visitado el 7.6.2020

jurídica, bajo los principios de independencia, responsabilidad directa y personal, se señala que la calificación *stricto sensu* es inexistente en los registros de carácter puramente administrativo, concretados o a la pura recolección de datos con fines estadísticos o de política social o al control de tramitación, siendo de advertir que así como un sistema jurídico puede sin dificultad alguna asumir aquellas otras finalidades de control estadístico, lo recíproco no es válido, dado que un registro administrativo al que se pretenda dotar de efectos jurídicos, o desemboca inevitablemente en una especialización técnica y en una calificación rigurosa, o deviene inoperante e ineficaz incluso para aquella finalidad específica (Vidal Francés, 1996, p. 282).

En nuestro país esto aterrizó en el registro de propiedad vehicular, el cual —originariamente— estuvo a cargo del Ministerio de Transportes, siendo su condición la de un *registro administrativo* cuya finalidad era archivar datos útiles para el ejercicio de la administración misma, en el que prevalecían las normas de simplificación administrativa, basadas en presunciones de veracidad y controles *a posteriori*. Luego, con su incorporación al Sistema Nacional de los Registros Públicos, adquirió el *status* de registro jurídico y, en tal virtud, el control se efectúa *a priori* a través de la calificación registral consagrada en el artículo 2011 del Código Civil y en mérito de documentos auténticos, instrumentos públicos o por lo menos en documentos fehacientes que generan asientos registrales debidamente amparados por la garantía del Sistema (Pacora Bazalar, 2001, p. 181).

Por tanto, el estudio que se realiza mediante la calificación sería distinto en un registro de tipo administrativo que en el de uno de tipo jurídico. En este último, dependiendo el tipo de sistema, la calificación es esencial.

Esta distinción, acogida por muchos autores, ha creado un distanciamiento innecesario con el área a la cual pertenecen los registros como institución, por lo menos en nuestro país, que es el derecho administrativo. Así, pues la inscripción, sea como acto de reconocimiento o como acto creador, es un acto administrativo tal cual la definición recogida en el artículo 1.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, es decir, son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados en una situación concreta. Téngase en cuenta que este rechazo a considerar el derecho registral como parte del derecho administrativo lleva a buscar soluciones a situaciones en concreto a otras áreas innecesariamente.

Ahora bien: lo que distingue al sistema registral es que a través de la calificación se pueden generar actos o negocios jurídicos y publicitar situaciones jurídicas privadas, por lo que el acto administrativo de inscripción tiene efectos jurídicos relevantes en la transacción privada: ya sea como fuente de legitimación causal o aparente, como acto creador de entes jurídicos, como acto de singularización de derechos, entre otros.

Tomando esto en consideración, a continuación vamos a hacer una breve aproximación a dos registros: el registro inmobiliario y el registro mercantil. La razón es que tradicionalmente se ha estudiado el derecho registral a partir del registro inmobiliario, extendiendo sus reglas y principios a otros registros como el mercantil, de bienes muebles y personas naturales, los cuales tienen una naturaleza distinta.

## 4.2. El registro de propiedad inmueble

La institución registral tiene en nuestro país más de 130 años de historia, los cuales han servido para impulsar el desarrollo económico a nivel macroeconómico y brindar garantías a los ciudadanos para que puedan realizar con seguridad sus actos de autonomía privada a nivel microeconómico.

Inicialmente, en el Perú el sistema de organización de la propiedad fue desarrollado históricamente de diferentes formas. El *ayllu* previo al tiempo de los incas fue una forma colectiva de ocupación y explotación de la tierra. Luego, en el régimen incaico, el ejercicio del gobierno se basaba en un poder teocrático y paternal, mediante el cual se distribuían las tierras de cultivo de acuerdo con las necesidades de la familia.

Posteriormente, con la conquista española de los pueblos de esta parte del continente, se concedieron a los conquistadores las llamadas «capitulaciones», de modo que se autorizaba establecer las encomiendas. A la muerte de Pizarro, el rey de España tomó la administración directa de las colonias y nombró a sus representantes virreyes, lo que condujo a la importación de sus sistemas e instituciones.

En ese sentido: «el primer libro de Registro de inscripciones de censos y tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de Lima, se mandó abrir en cumplimiento de la provisión real de la Audiencia de Lima de 3 de abril de 1565 y en aplicación de la Real Carta Orden expedida por el Rey Don Felipe, derivada de los dos capítulos de las Cortes de Madrid de 1528 y de Toledo de 1539» (Cárdenas Quirós, 2000, pp. 16-17).

Manifestación de ello fue la imposición a todas las colonias de América —mediante las Reales Cédulas de 8/5/1778 y 16/4/1783— de la Pragmática del rey don Carlos III de 1768, la cual crea los Oficios de Hipotecas. Esta pragmática, aunque reglamentó la creada en 1539, en la práctica no funcionó en España; y en el Perú colonial su aplicación no fue diferente, sea por las deficiencias de la propia normativa o por una indebida aplicación.

Producida la independencia, las normas españolas en materia registral continuaron aplicándose tomando en consideración que el Estatuto Provisional del general don José de San Martín señalaba que quedaban con toda su fuerza y vigor las leyes españolas que no se opusieran a los principios independentistas.

Después, en 1835, el Proyecto de Código Civil de don Manuel Lorenzo de Vidaurre se limitó a regular las cargas y gravámenes, no así las transmisiones inmobiliarias; sin embargo, es considerado por algunos el primer ensayo individual de una legislación nacional de orden privado (Pérez Bonany, 1964, p. 62).

Posteriormente, en el gobierno de José Rufino Echenique se promulgó el Código Civil de 1852, que creó el oficio de hipotecas a cargo del escribano público, quien registraba las hipotecas sobre bienes situados en su respectivo departamento, y llevaba un libro en el cual se tomaba razón de las hipotecas.

La calificación en estos libros, al igual que en las normas precedentes, era mínima, toda vez que se limitaba a la verificación de las cargas y gravámenes, no así a la certificación de la validez del acto constitutivo de la obligación principal.



En este sentido, dicho articulado de normas no propició el aumento del crédito territorial ni impulsó el tráfico inmobiliario, los cuales habían entrado en crisis debido, entre otras cosas, a la guerra con España.

Muestra de esto nos la brinda Pardo Márquez:

Después de la guerra con España de 1866, la agricultura se halló en estado de crisis. Los agricultores carecían de capitales propios y topaban con la dificultad de obtener créditos que les permitiera el dinero indispensable para cultivar los campos. La guerra civil empobreció al agricultor con los ‘cupos’ que establecían los caudillos que se disputaban el poder; agravada esta situación con las elevadas tasas de intereses que cobraban los habilitadores o usureros, en razón de que los préstamos no se hallaban sólidamente respaldados. En esta premiosa situación económica, la solución no podía ser otra que buscar el apoyo del Estado a fin de adquirir préstamos para la agricultura en condiciones menos onerosas. (1966, p. 292)

Frente a esta realidad, se presentaron proyectos que buscaron paliar la situación. El doctor Francisco García Calderón presentó un proyecto sobre el Banco de Crédito Territorial Hipotecario, y don José Félix Arias otro sobre el Proyecto de Banco Agrícola.

Todo esto, en parte, se plasmó por obra de don Mariano Ignacio Prado, al expedir el Decreto Supremo de 31 de noviembre de 1866, el cual fue ratificado por el Congreso Nacional el 28 de enero de 1869, estableciendo el Banco de Crédito Hipotecario.

Posteriormente, tenemos un período de cierta bonanza económica que fue opacado por la guerra que mantuvimos con Chile, la cual derivó en la ocupación de Lima (Guerra Martiniere, 1991, p. 76) para una forzada firma de paz. A esto le siguieron las guerras internas (Cáceres-Iglesias, entre otros) en nuestro país.

En este contexto —el crédito territorial casi nulo, la agricultura en crisis, inseguridad jurídica, tráfico inmobiliario estancado— se promulgó la Ley de 2 de enero de 1888, la cual tenía como objetivo revertir esta situación (Acevedo & Criado, 1959, p. 96).

Si bien al promulgarse sufrió variación en su contenido —en comparación con el proyecto original—, la Ley de 2 de enero de 1888 dejó a la Corte Suprema formular el Reglamento de los Registros.

Luego, el Código Civil de 1936, en su artículo 1044, señaló que el registrador debía apreciar la legalidad del título en lo concerniente a las partes y al contenido del acto, precisando que debe evaluarse solamente de acuerdo con lo señalado en el instrumento.

En el mismo año, la Junta de Vigilancia formuló —y la Corte Suprema aprobó en acuerdo de 17 de diciembre de 1936— el Reglamento de Inscripciones de ese año, en el que la calificación del registrador se basa en el principio de legalidad, estando facultado para admitir o rechazar la inscripción solicitada.

Finalmente, mediante la Ley N° 26366, de 14 de octubre de 1994, en vigencia del Código Civil de 1984, que rige en la actualidad, se creó en el Perú el Sistema

Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y, dentro de ella, uno de los principales registros fue el Registro de Propiedad Inmueble.

### **4.3. El registro mercantil**

El nacimiento y el desarrollo del derecho mercantil estuvo muy vinculado a la actividad marítima en la Edad Media, tanto en el Mediterráneo como en el Atlántico (Del Vas Mingo, 2000, p. 95), pues se produjo una fusión de usos y costumbres que fueron recogidos en las ordenanzas consulares; fueron sistematizadas —entre otras— las reglas de la «justicia mercantil», así como el seguro, la letra de cambio, entre otros.

Es importante tomar como referencia el Consulado de Burgos, el cual se crea en 1494, toda vez que se independiza la jurisdicción mercantil de la jurisdicción ordinaria. Ahora bien: es entre los siglos XVI y XVIII cuando prolifera la producción normativa, la cual se va complejizando a propósito de operaciones económicas más sofisticadas.

En ese contexto se crea el Consulado de Bilbao (1511), que marca importantes pautas en la creación del resto de consulados peninsulares e indianos. Para efectos de este trabajo nos será importante resaltar las ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 —influidas por las ordenanzas francesa de Marina de 1681, dada por Luis XIV—, que consolidan este proceso de formación del derecho mercantil que regulado tanto el ámbito terrestre como marítimo. Se debe mencionar que en España estuvo vigente hasta la promulgación del Código de Comercio de 1829.

Dicha ordenanza, sancionada primero por Felipe V en 1737 y luego por Felipe VII en 1814 (Luque, 2003), tiene vigencia en nuestro país hasta la promulgación del primer Código de Comercio del Perú de 1853, el cual luego fue derogado por el Código de Comercio de 1902.

En este Código se reguló, a partir del artículo 16, el Registro Mercantil, el cual se compuso de dos libros independientes en los que se inscribían los comerciantes particulares (inscripción potestativa) y las sociedades (inscripción obligatoria).

Posteriormente entró en vigencia el Reglamento del Registro Mercantil el 15 de mayo de 1969. Ahora bien: en octubre de 1994 se promulgó la Ley N° 26366, mediante la cual se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos. Según la referida norma, el Sistema Nacional de los Registros Públicos vincula en lo jurídico a los registros de todos los sectores públicos y está conformado por diferentes registros, entre los cuales se encuentra el Registro de Personas Jurídicas, al que a su vez pertenece el Registro Mercantil.

Después de dicha Ley de creación, y la distribución de registros, entró en vigencia, en 1997, la Ley General de Sociedades, Ley 26887, y, en sede registral, distintos reglamentos, entre los cuales actualmente se encuentran vigentes el Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP/SN, y el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, aprobado por Resolución N° 038-2013-SUNARP-SN.

## 5. La función registral en tiempos de pandemia

La función registral ha sido afectada por la situación en la que actualmente nos encontramos, pero es una afectación distinta a la que se presentaba por ejemplo en Europa entre guerras, por la cual en la Primera Guerra Mundial se perdió gran parte del acervo documentario de algunos de los registros, lo que llevó a requerir a los ciudadanos que colaborasen con reconstruir el historial de las fincas, guardando por prevención la institución lo que en nuestro ordenamiento serían los títulos archivados.

La valiosa información del registro debía reconstruirse, con el fin de mantener especialmente el historial de los predios y conocer a los titulares de los derechos, lo cual era importante para el tráfico económico.

Nuestra actualidad muestra una situación distinta respecto al tipo de «desastre» y al efecto que ha tenido en el registro. Ahora se verifica que el acervo documental no está en peligro, sino que no puede continuar con la labor de calificación, y que con dificultad se viene emitiendo la publicidad formal tan importante para que se realicen las transacciones económicas.

Así, pues, para realizar ciertos trámites financieros se solicita la vigencia de poder, la cual se viene emitiendo *online*. Para la tramitación de préstamos de determinadas empresas o personas naturales, los bancos solicitan el Certificado Registral Inmobiliario (CRI) con el fin de tramitar el pedido, lo cual también se ha venido emitiendo *online*.

Esto es lo que se va a analizar a continuación: en qué pueden ser útiles los registros públicos de nuestro país para poder ayudar a la reactivación de la economía.

### 5.1. La calificación registral

La calificación registral en sede nacional, principalmente, se ha regulado en el Reglamento General de los Registros Públicos; el artículo 31 la define como una evaluación integral de los títulos, que conducirá o no a determinar la procedencia de la inscripción:

Artículo 31.- Definición. La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.

En el marco de la calificación registral, el registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.

Al estar limitado el registrador por razones sanitarias a asistir a su centro de labores, esta labor se ha detenido en tiempos de pandemia, así como se ha paralizado el acceso de títulos al registro, dado que las restricciones también han afectado a la función notarial.

La digitalización de información, así como la firma electrónica, han sido algunos de los medios que han utilizado los registros en otros ordenamientos para continuar su labor, incluso en época de confinamiento.

Este ha sido quizá el mayor problema de nuestra institución registral, dado que hace ya más de una década se viene esperando una modernización del Sistema que hasta el momento no ha llegado, y no por falta de recursos ni falta de personal, sino por decisión política.

Registros Públicos es una de las instituciones que más recauda, al punto que financia incluso a otras entidades del Estado. Dichos fondos deberían dirigirse a mejorar el sistema, aprovechando la nueva tecnología, para darles mayores herramientas a los registradores en su calificación.

Así, pues, por el Sistema de Intermediación Digital de la SUNARP (SID-SUNARP) se podría brindar los servicios de inscripción para los notarios y el Poder Judicial: I. Registro de Personas Jurídicas. 1.1. Constitución de empresa. 1.2. Constitución de Asociación. II. Registro de Personas Naturales. 2.1. Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes (por ejemplo, otorgamiento, modificación, ampliación, sustitución y revocación de poder). 2.2. Todos los actos inscribibles en el Registro de Sucesiones Intestadas (por ejemplo, anotación preventiva y definitiva de sucesión intestada). 2.3. Separación de patrimonio y sustitución de régimen patrimonial. 2.4. Separación convencional y ulterior divorcio. III. Registro de Bienes Muebles. 3.1. Compraventa de vehículo. 3.2. Dación en pago de vehículo. 3.3. Donación de vehículo. 3.4. Anticipo de legítima de vehículo. 3.5. Permuta de vehículo. IV. Registro de Propiedad Inmueble, Registro de Predios. 4.1. Compraventa. 4.2. Dación en pago. 4.3. Donación. 4.4. Anticipo de legítima. 4.5. Permuta. 4.6. Bloqueo Registral. 4.7. Hipoteca. 4.8. Medida cautelar (Z.R. N° IX-Sede Lima) 4.9. Incautación.

Debe tenerse en cuenta que esto no se agota en el Registro, sino que se ha verificado cómo las empresas (personas jurídicas en general) deberán adaptar sus estatutos a estos nuevos escenarios (por ejemplo, la votación virtual). Actualmente es el gran problema que se afronta: si los estatutos solo prevén en estos momentos la votación presencial, cómo hacen las empresas para la adopción de acuerdos.

Evidentemente, si se desea modificar el estatuto, la sesión deberá ser presencial; en caso contrario, ello vulnerará los estatutos. Esta realidad, entonces, va a llevar también a las personas jurídicas a actualizar sus formas de adopción de acuerdos a las actuales necesidades.

Esto también lleva a los notarios, quienes quizá han sido los más preparados para afrontar esta situación, a modernizar sus medios para poder realizar sus servicios, y permitir la remisión electrónica de la información con medios cada vez más seguros. En suma, si bien el sistema registral deberá modernizarse para dar mayores facilidades a la calificación, esto va de la mano también de la adaptación de los privados a un nuevo contexto, y a la cada vez mayor interconexión con la función notarial. No obstante lo antes mencionado, se ha señalado que la SUNARP viene realizando los esfuerzos para que en las próximas semanas pueda realizarse en línea la inscripción de los siguientes actos: en el Registro de Propiedad Inmueble: 1. Modificación de hipoteca 2. Levantamiento de hipoteca 3. Prescripción adquisitiva. 4. Usufructo. 5. Patrimonio familiar. 6. Extinción de patrimonio familiar. 7. Derecho de habitación. 8.

Contrato de opción. En el Registro de Personas Jurídicas: 1. OSB. 2. Nombramiento de directivos de OSB. 3. Otorgamiento de poder de OSB. 4. Revocación de poder de OSB. 5. Modificación de estatuto de OSB. 6. Modificación de estatuto de sociedad. 7. Nombramiento de gerente de sociedad. 8. Remoción de gerente de sociedad. 9. Modificación de estatutos de EIRL. 10. Nombramiento de gerente de EIRL. 11. Transformación de EIRL a sociedad. 12. Modificación de estatuto de asociación. 13. Nombramiento de junta directiva. 14. Otorgamiento de poder de asociación. 15. Revocatoria de poder de asociación.

En el Registro de Personas Naturales: 1. Reconocimiento de unión de hecho. 2. Cese de unión de hecho convencional. 3. Nombramiento o designación de tutor. 4. Nombramiento de curador. 5. Designación de apoyos y salvaguardias. 6. Modificación de apoyos y salvaguardias. En el Registro Mobiliario de Contratos: 1. Constitución de garantías mobiliarias. 2. Preconstitución de garantías mobiliarias. 3. Modificación de garantías mobiliarias. 4. Cancelaciones de garantías mobiliarias. 5. Cesión de derechos. 6. Fideicomiso. 7. Arrendamiento. 8. *Leasing*. 9. Contrato de opción. 10. Usufructo Registro de propiedad vehicular. 11. Constitución de garantías mobiliarias. 12. Modificación de garantías mobiliarias. 13. Cancelaciones de garantías mobiliarias.

El norte del sistema estará en ir migrando de las formas presenciales a las digitales, a la transmisión electrónica, y a la implementación a nivel nacional de instrumentos que sean adecuados para dicha modernización.

## **5.2. La publicidad registral formal**

Diferentes actores económicos solicitan cierta documentación que el Registro brinda: para cobrar en una entidad bancaria algún título valor (cheque) de una persona jurídica generalmente se requiere la vigencia de poder de la misma. Si deseamos comprar un inmueble con préstamo hipotecario, nos solicitarán el CRI (Certificado Registral Inmobiliario). Si queremos que nuestros hijos ingresen a la universidad, para su categorización, solicitarán el certificado positivo o negativo de propiedad.

En este sentido, nuestro propósito es brindar un breve panorama de dichas formas de publicidad a partir de un criterio que nos parecía claro cuando se encontraba regulado en el reglamento general, pero que sin embargo ha tenido algunas variaciones en el vigente reglamento de publicidad.

La forma de introducirnos entonces al tema es estudiarlo a partir del grado de intensidad del análisis o formalidad de la publicidad emitida. En nuestro caso, los de menor grado son la manifestación y la exhibición.

### **5.2.1. La manifestación y la exhibición**

Las manifestaciones son el tipo de publicidad que se emite sin análisis previo de la información contenida, por ejemplo, en el asiento. Así, pues, tenemos las partidas electrónicas mediante el servicio de información en línea, a través de los terminales ubicados en las instalaciones de las Oficinas Registrales o a través de otros medios informáticos.

De igual forma, es el caso de las partidas contenidas en tomos que no hayan sido sustituidas por el sistema de microarchivos. Otra muestra de las manifestaciones son las copias simples de la ficha o la impresión de las partidas electrónicas visualizadas o de los índices que organizan los registros o las boletas informativas (vehicular).

En el caso de las exhibiciones tenemos la posibilidad de verificar directamente los títulos archivados en el local de la Oficina Registral respectiva y en presencia del personal expresamente facultado para ello.

De igual forma, puede uno revisar títulos en trámite. Este es un supuesto especial que se coordina con el sistema de Alerta Registral que ha sido elaborado por la SUNARP.

Existía antes el problema que ingresaban títulos falsificados o sin conocimiento de los titulares de la modificación de su titularidad. Cuando se inscribían estos títulos, los extitulares registrales tenían como única opción ir al Poder Judicial.

Frente a esto, la SUNARP creó el sistema de Alerta Registral, el cual notifica a los usuarios —previamente inscritos— cuando existe algún título que pueda modificar el estado de su partida.

Esto se complementó con la posibilidad de que, mediante la exhibición de los títulos en trámite, los titulares puedan verificar qué actos contiene la rogatoria, con el fin de realizar las acciones pertinentes en caso se vean perjudicados sus derechos.

### **5.2.2. Los certificados**

Los certificados son aquellos documentos que son emitidos por las zonas registrales, los cuales tienen en mayor o menor medida la intervención de un funcionario o servidor público.

Así, tenemos los denominados certificados literales y los compendiosos.

Los primeros se refieren a aquellos documentos que emiten los registros (mediante copia o impresión) y que los certificadores dan fe de que corresponden con lo que se encuentra en registros. Muestra de ello son las copias literales de asientos (inscripción, anotación o cancelación), partidas registrales e, incluso, títulos archivados.

En cambio, los certificados compendiosos implican un análisis mayor por parte de los certificadores, dado que buscan acreditar la existencia o vigencia de determinadas inscripciones o anotaciones. Ejemplo de ello lo encontramos en la vigencia de poder o de cargas y gravámenes.

Los certificados compendiosos se han clasificado en:

a) Certificados positivos: los que acreditan la existencia de determinada inscripción; b) Certificados negativos: los que acreditan solo la inexistencia de determinada inscripción; c) Certificados de vigencia: los que acreditan la vigencia del acto o derecho inscrito a la fecha de su expedición; d) Certificados de búsqueda catastral: los que acreditan si un determinado predio se encuentra inmatriculado o no; o si, parcialmente, forma parte de un predio ya inscrito. Asimismo, acredita la existencia o no de superposición de áreas.

En caso el asiento o partida registral objeto de publicidad mediante certificado compendioso no ofreciera la suficiente claridad sobre su contenido, el registrador

o certificador debidamente autorizado deberá transcribir literalmente tales asientos o partidas.

El plazo de expedición de los certificados es dentro de los tres días de solicitados, salvo aquellos que por su extensión u otra causa justificada requieran de un mayor plazo para su expedición.

En este tiempo de confinamiento la SUNARP ha seguido brindando en su portal:

- 1) Acceso a consulta y visualización de partidas registrales.
- 2) Búsqueda de índice en los registros jurídicos de SUNARP.
- 3) Emisión de Boleta Informativa Vehicular.
- 4) Emisión de Certificados Compendiosos con firma electrónica del certificador: – Certificados de vigencia de poder en el Registro de Personas Naturales y Jurídicas. – Certificado de cargas y gravámenes del Registro de Predios. – Certificado Registral Vehicular. – Certificado Positivo de Predios. – Certificado Negativo de Predios. – Certificado Positivo de la Persona Jurídica. – Certificado Negativo de la Persona Jurídica. – Certificado Positivo del Registro de Unión de Hecho. – Certificado Negativo del registro de Unión de Hecho. – Certificado Positivo del Registro de Sucesión Intestada. – Certificado Negativo del Registro de Sucesión Intestada. – Certificado negativo del Registro Personal. – Certificado positivo del Registro de Propiedad Vehicular. – Certificado negativo del Registro de Propiedad Vehicular. – Certificado de Cargas y Gravámenes del Registro Público de Aeronaves. – Certificado de Cargas y Gravámenes del Registro de Embarcaciones Pesqueras. – Certificado de Vigencia de órgano directivo.

La publicidad formal en línea emitida por los registros ha sido de valiosa utilidad en el actual escenario para los ciudadanos, siendo la respuesta casi inmediata y progresiva respecto a los diferentes servicios que ofrece el sistema.

## 6. Conclusiones

Hemos denominado catástrofe aquella perturbación en el funcionamiento de la sociedad con impactos humanos y económicos que exceden la capacidad de respuesta de la comunidad, la cual es mermada sustancialmente.

Esta merma se da por el estado de vulnerabilidad, entendida como capacidad disminuida para anticipar los efectos de un desastre, para resistir y enfrentarlo, y recuperarse de los daños causados.

El estado de emergencia sanitaria se extendió en todo el mundo, recibiendo una respuesta casi inmediata de los diferentes gobiernos.

Esta respuesta ha consistido en la gran mayoría de casos (aunque con diferente intensidad) en privilegiar la salud sobre la economía. Ahora bien: diversos gobiernos han venido flexibilizando las medidas con el fin de reactivar la economía, siendo los registros mercantiles e inmobiliarios instituciones que vienen coadyuvando en ello.

En nuestro ordenamiento, la institución registral es de organización y funciones administrativas, por lo que se está a la espera de su apertura en las próximas semanas.

Ahora bien: esta situación puede ser la oportunidad de repensar una modernización del sistema registral en función de las nuevas tecnologías existentes, para facilitar la calificación de los registradores y otorgar mayor acceso a la publicidad formal registral.



## Referencias Mendoza

Acevedo y Criado, Ismael (1959). La institución del registro de la propiedad inmueble del Perú, sus antecedentes legales y formas más urgentes. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Cárdenas Quirós, Carlos (2000). Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984). *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, año I, N.º 3, noviembre.

Christoph Schmidt, Mainz (2009). Strukturen des Katastrophenrechts in Deutschland. Die Suche nach der richtigen Handlungsebene. En *Anmerkungen zum Katastrophenrecht, Studienstiftung des deutschen Volkes*.

Del Vas Mingo, M. M. (2000). *Los consulados en el tráfico indiano*. Dialnet.

Guerra Martinieri, Margarita (1991). *La ocupación de Lima (1881-1883)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Leyva de Leyva, Juan Antonio (s. f.). Planteamiento general de los Registros Públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, N.º 591.

Luque, M. (2003). *Un universo de opiniones: la literatura jurídica indiana*. Madrid: Editorial CSIC.

Pacora Bazalar, Marco Antonio (2001). La calificación de las «partidas registrales» provenientes de un registro administrativo. (A propósito del Registro de Propiedad Vehicular y el tratamiento de la reconstrucción de antecedentes). *Folio Real*, año 2, N.º 5.

Pardo Márquez, Bernardo (1966). *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*. (2.ª edición). Tomo I. Lima: Huascarán.

Pérez Bonany, Alfonso (1964). Manuel L. de Vidaurre. *Biblioteca Hombres del Perú*. Lima: Universitaria.

Vidal Francés, Pablo (1996). La problemática actual en la calificación registral. En *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral. Tomo I. Madrid: Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*.



# **El bien común y el ejercicio de los derechos reales en épocas de pandemia**

*Mario Solís Córdova*

Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

Los efectos negativos para la sociedad generados por la pandemia del coronavirus (COVID-19) constituyen un enorme desafío para el sistema jurídico y, en particular, para el derecho civil. Es más: muchas de las figuras que inspiran nuestros ordenamientos han sido puestas a prueba en la ardua tarea de enfrentar los efectos perversos de la pandemia. Es un hecho, como diversos juristas comentan, que el derecho civil no puede proveer todas las soluciones a los problemas surgidos, por lo que una intervención estatal, paliativa de las necesidades más urgentes, se hace necesaria.

Precisamente, el tema de los incumplimientos contractuales es el que ha motivado una mayor atención por parte de la comunidad civilista. Las medidas gubernamentales que limitan el libre tránsito y, por ende, las actividades económicas, han generado una crisis económica muy grave para la población. Simplemente, muchos ciudadanos no cuentan con recursos para cumplir con sus obligaciones, o la posibilidad de cumplimiento se ve perturbada por las restricciones antes descritas.

La crisis ha llevado a exigir incluso una intervención efectiva del Estado en las relaciones contractuales (mediante leyes que suspendan el pago de arriendos y de mutuos hipotecarios, suspensión de desalojos, moratoria en el pago de tarjetas de crédito, etcétera), en clara oposición al texto literal del artículo 62 de la Constitución,<sup>1</sup> con el objeto de evitar mayores perjuicios a los agentes afectados por las medidas prohibitivas del Gobierno, tal como ha sucedido en Europa.<sup>2</sup> Estas intervenciones son necesarias porque las instituciones del derecho civil, particularmente las relativas a los contratos y a las obligaciones, tienen una limitación natural ante el carácter extraordinario de los acontecimientos surgidos en los últimos meses.

Sin embargo, y pese a su importancia en el derecho civil patrimonial y en la realidad económica, la figura de los derechos reales, sus efectos y formas de ejercicio

---

1 «Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]*» (cursivas nuestras).

2 En Alemania, mediante la Ley del 27 de marzo de 2020, en Italia con el Decreto Ley 9/2020 y en Portugal con la Ley N° 4-C/2020 y el Decreto-Ley N° 10-J/2020, ambos emitidos en marzo de este año.

ha pasado desapercibida en el debate, enfocado, como ya dijimos, en las complicaciones surgidas en las relaciones contractuales.

La pretensión de este sucinto trabajo es demostrar que, a partir de la debida interpretación y aplicación del concepto de *bien común* recogido en la Constitución Política de 1993 como criterio guía para limitar el ejercicio de los derechos reales, se pueden activar una serie de decisiones estatales extraordinarias que permitan resolver situaciones límites en las que el ejercicio pleno y normal de los derechos reales pueda significar el surgimiento de un estado de precariedad en un grupo de ciudadanos. Por tanto, un adecuado ejercicio de los derechos sobre bienes en el contexto de la crisis generada por la pandemia del coronavirus (COVID-19) constituiría una herramienta efectiva para mitigar los efectos negativos de esta en la economía de los peruanos.

## **2. La propiedad como derecho humano y su límite: el interés social**

La propiedad es un derecho fundamental de las personas reconocido en todos los textos constitucionales del mundo occidental, con diversas variables. Es más: es un derecho humano definido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, numeral 17, de la siguiente forma: «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

Nicolás Perrone nos dice al respecto:

La categoría de derechos humanos se refiere a derechos que hacen a la dignidad humana cuyo respeto está íntimamente relacionado con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida. Se trata de un núcleo vital de relaciones que no pueden ser alteradas legítimamente por ningún tercero. En este sentido estos derechos consagran un concepto moderno de Estado de Derecho. Es decir se trata de límites que están por sobre los Estados Nacionales. (Perrone, 2013, pp. 356-357)

En este sentido, el derecho de propiedad como derecho humano «está conformado [...] por dos aristas principales, la primera es ese grupo de cosas necesarias en términos razonables para el desarrollo del sujeto, mientras que la segunda es el producto del trabajo personal e intelectual de la persona, es decir, las cosas materiales o inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas» (Perrone, 2013, p. 356-357).

La propiedad como derecho humano es esencial para su desenvolvimiento pleno, por lo que, en principio, debe desplegarse en un ambiente de plena libertad, sin intromisiones y con garantías estatales suficientes para que ello suceda.

El derecho de propiedad, en el ámbito constitucional, además, tiene un contenido mucho más amplio que el otorgado por el derecho civil. Más allá de aquel derecho subjetivo que nos otorga, bajo un criterio tradicional, la posibilidad de usar, disfrutar, disponer o reivindicar un bien, el derecho de propiedad constituye

una de las columnas sobre las que se sostiene el sistema económico de la nación. Así lo establece el Tribunal Constitucional peruano al definirlo como «uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica» (Expediente N° 2727–2002–AA/TC).

Por estas razones, el derecho de propiedad es protegido por los sistemas jurídicos ante los actos arbitrarios del Estado o las pretensiones ilícitas de los particulares. Sin embargo, a manera de contrapeso, y como sucede con todo derecho constitucional, el derecho de propiedad tiene ciertas limitaciones tanto en su ejercicio como en su titularidad. Esta última corresponde a los supuestos de expropiación, tema que no es el centro de atención de este trabajo. Nos limitaremos, entonces, a analizar las limitaciones al mero ejercicio del derecho, a sus manifestaciones o actuaciones en la realidad.

La revisión de algunos textos constitucionales nos muestra la relevancia o importancia de estas restricciones en los sistemas jurídicos.<sup>3</sup>

La Constitución colombiana establece en su artículo 58: «Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, *el interés privado deberá ceder al interés público o social*».

Por otro lado, la Constitución de Chile instituye en su artículo 19: «Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las *limitaciones y obligaciones que deriven de su función social*. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental».

El artículo 27 de la Constitución mexicana dispone: «La nación tendrá en todo tiempo el derecho de *imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público*, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana».

La Carta Magna del Brasil, al desarrollar su capítulo económico, señala en su artículo 170 que: «El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios [...] 3. *Función social de la propiedad*».

Mención aparte merecen dos importantes ordenamientos jurídicos europeos, el alemán y el italiano.

El artículo 14 de la Ley fundamental de la República Federal Alemana establece que: «La propiedad obliga. El uso de la propiedad *debe contribuir al bien de la colectividad*».

---

<sup>3</sup> Escribiremos en cursivas las partes de cada texto constitucional relativas a las limitaciones a la propiedad.

Mientras que el artículo 42 de la Constitución Política italiana de 1947 dispone que: «La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o a particulares. La propiedad privada estará reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus formas de adquisición y de goce, *así como sus límites, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos*».

Como vemos, los textos constitucionales definen la propiedad de una manera muy especial. Principian declarando su importancia para sus Estados, pero posteriormente señalan posibilidades de restricción. El caso alemán va más allá, con el enunciado principal de que la propiedad (que tácitamente contiene facultades a favor de su titular) también genera obligaciones, evidentemente, hacia la sociedad. Esta es una noción que trasciende el mero interés individual, que, sin duda, es el objeto inicial de este derecho subjetivo.

El ejercicio de la propiedad, entonces, puede ser condicionado por la ley y bajo especiales circunstancias, basándose en la protección de los intereses de la colectividad. La doctrina ha llamado a ello *función social* de la propiedad.

Esta dicotomía libertad-control es analizada por Gonzales Barrón, quien sostiene que:

La doctrina social de la propiedad privada pretende justificar las limitaciones a este derecho, evitando una concepción de la propiedad como un espacio exclusivo y excluyente de la voluntad del titular. Las transformaciones económicas producidas entre el siglo XIX y XX, principalmente la industrialización, el surgimiento de la clase obrera, el régimen de vivienda y de campos cultivables, la preocupación por el medio ambiente, etc.; lleva consigo una profunda transformación en las estructuras jurídicas. (Gonzales Barrón, 2009, p. 301)

Por ello, para cierta doctrina «la *función social* se realiza estableciendo una serie de límites externos, una limitación a la autonomía de los propietarios. En otros términos, el reclamo a la función social justificaría y haría legítimas las intervenciones del legislador que establecen límites y definen el ámbito de los poderes de los propietarios» (Rolla, 2001, p. 549).

También se suele considerar a:

la utilidad social como parte integrante de la estructura jurídica del instituto de la propiedad privada, en el sentido que impone al legislador, o al acto reglamentario, la obligación de valorar las situaciones de pertenencia y de tomar en consideración también los intereses sociales que, en las situaciones específicas, entran en juego. Es decir, el legislador debe realizar una atenta ponderación entre el interés individual y el social en relación con las características de los bienes. [...] Consecuentemente, el contenido de los regímenes jurídicos de las diversas formas de propiedad es invariable y la naturaleza y la amplitud de las facultades que corresponden a los propietarios derivan de la valoración de los intereses que realiza la ley. Según este planteamiento, la función social habilita al legislador para diferenciar la regulación de los diversos bienes, haciéndoles parte de diferentes tipologías, atribuyendo diversas modalidades de utilización. Se convierte en un criterio que confiere razonabilidad a las diferenciaciones y a las decisiones del legislador. (Rolla, 2001, p. 549)

Interesante, en este punto, resulta verificar la regulación que sobre este tema ha establecido la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (suscrita por el Perú), cuyo artículo 21 señala: «1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al *interés social*. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley [...]». El límite a la propiedad está dado aquí por el concepto de *interés social* que, sin duda, proviene de la idea de *función social* antes mencionada.

La Corte Interamericana, aplicando esta norma en el caso Comunidad Yakye Axa, estableció que las restricciones a la propiedad exigen que estas sean establecidas por ley, que sean necesarias y proporcionales, y que se hagan con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Citamos:

El artículo 21.1 de la Convención dispone que la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social. La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. *Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.*<sup>4</sup>

Así mismo, en el caso María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga contra Ecuador, la Corte estableció:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. [...] no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. *Este derecho supone que toda limitación a éste deba ser excepcional. De la excepcionalidad se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por*

---

<sup>4</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C N° 125. Las cursivas son nuestras.

*lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin.*<sup>5</sup>

Como ya manifestamos, la función social, sin duda, hace prevalecer en explícitos supuestos y bajo determinadas circunstancias extraordinarias los intereses de la comunidad en contraposición al natural aprovechamiento individual de los bienes que constituye la esencia del derecho de propiedad, vocación utilitaria que debe ser protegida por un Estado que respeta el libre mercado y la propiedad privada.

Sin embargo, la ponderación de estos dos elementos, la protección de la pura propiedad y el interés social, es quizá el punto de más difícil interpretación. El ejercicio de la propiedad produce un valor que no puede tener un contenido exorbitante, ya que en la práctica imposibilita a ciertos grupos acceder a las ventajas de los bienes objetos de la propiedad, desconociendo cualquier interés que la sociedad tenga sobre ello. La imposibilidad de acceder a ese valor impide, entonces, el desarrollo del plan de vida (interés protegido por la jurisprudencia de la CIDH) de otros. Solo cuando la afectación de este plan no tiene otra forma de ser resuelta, se deberá establecer, extraordinariamente, una restricción (Perrone, 2013, p. 361).

Finalmente, Avendaño sostiene respecto a la función social de la propiedad que:

Las primeras formulaciones doctrinarias sobre la función social se proyectaron sobre el derecho de propiedad como algo externo a él; gráficamente, puede decirse como una *camisa de fuerza* puesta al derecho subjetivo. La idea de la función social de la propiedad se expresa sustantivamente cuando interviene la administración pública y concreta la referencia al interés social en nombre del interés general [...]. (Avendaño, 1994, p. 119)

La función social, entonces, no es más que la prevalencia en determinados supuestos del interés colectivo por sobre el individual en el ejercicio de las facultades del derecho de propiedad, con carácter extraordinario, razonablemente necesario y residual, materializado en una ley y dentro de los límites de la Constitución.

Analicemos: a) es extraordinaria, porque lo normal en el ejercicio del derecho de propiedad es la plena libertad, su limitación es la excepción y, por lo tanto, absolutamente restringida; b) es lógicamente necesaria y residual, en la medida en que el interés social no debe basarse en el deseo de obtener un provecho muy particular o en el antojo de un gobernante ávido de popularidad, sino que debe ser una respuesta seria a una necesidad imperiosa e impostergable del colectivo, cuya no solución afecte sustancialmente el desarrollo y la integridad de sus miembros y cuando no existe otra salida o medida que permita superar la dificultad; c) es materializada en una ley, porque no puede existir otra forma de confinar un derecho reconocido jurídicamente; además, esta limitación debe configurarse respetando otras normas del sistema jurídico, no puede ser inorgánica; y, d) es necesaria su constitucionalidad, pues el derecho restringido comparte ese rango y no puede ser deformado en su contenido y características por la necesidad de su limitación en el ejercicio.

---

<sup>5</sup> Caso María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179. Las cursivas son nuestras.



### 3. La propiedad en la Constitución y el derecho civil

El derecho de propiedad tiene una dimensión superlativa en la Constitución de 1993. Representa además uno de sus pilares, en el campo económico, junto con la libertad de empresa, la actividad subsidiaria del Estado y el respeto a la autonomía de los contratos proclamada en el artículo 62. Esto se condice con el espíritu liberal que inspiró a este texto condicional, dejando atrás el experimento progresista e intervencionista recogido por la Constitución de 1979.

El reconocimiento de la propiedad como derecho constitucional es un elemento fundamental del régimen económico previsto en la Carta Magna. En palabras del Tribunal Constitucional, se trata de «uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica».<sup>6</sup>

El artículo 70 de la Constitución Política del Perú, textualmente, dice:

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

Este artículo reúne tres ideas principales. La primera consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad, es decir, que nadie, ni siquiera el Estado, puede perturbar el contenido esencial, sus efectos o el ejercicio mismo de la propiedad. Esto, sin duda, guarda correlación con el entendimiento de que el derecho de propiedad es uno fundamental.

Se debe precisar, en este punto, que el concepto de propiedad en el ámbito constitucional es mucho más amplio que el contenido en el Código Civil. Inicialmente puede entenderse como cualquier titularidad real reconocida por el sistema. De esta forma, propiedad, a nivel constitucional, es también el usufructo, la posesión, la superficie o el uso. No sería factible tampoco, bajo la lógica del principio *ab majoris ad minus*, que si la propiedad es inviolable, no lo fuesen también otros derechos reales, muchos de los cuales son considerados un desmembramiento de aquella.

Sin embargo, la pretensión conceptual de la propiedad a nivel constitucional puede alcanzar incluso a otros objetos de derechos subjetivos patrimoniales, como por ejemplo los créditos. La propiedad entonces convocaría a los bienes y a las obligaciones. Este ha sido el criterio asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al desarrollar el artículo 21 del Pacto de San José. Según la Corte, este artículo «se refiere a la propiedad en el sentido tradicional que se le asigna al término en el derecho internacional, incluyendo tangibles e intangibles —o, si prefiere, bienes corporales y derechos, sean éstos reales o personales».<sup>7</sup> Sin embargo, nuestro análisis se restringe a los bienes como objeto de derechos reales.

<sup>6</sup> Expediente N° 2727-2002-AA -TC.

<sup>7</sup> Ver Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú (2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74.

En segundo lugar, la Constitución establece límites al ejercicio de los derechos sobre bienes. Por un lado, límites para el ejercicio y, en segundo lugar, límites para su titularidad. Empecemos por el segundo.

Ser propietario del bien es una situación jurídica protegida por el sistema de manera privilegiada, pero no contiene una garantía de eternidad o perennidad. En situaciones muy particulares, la titularidad de una persona sobre el derecho de propiedad puede ser perdida o, más directamente, despojada.

Existen formas por las cuales el derecho de propiedad deja de formar parte del patrimonio de una persona. De manera voluntaria cuando la transfiere y de forma involuntaria cuando ocurre el fenómeno de la prescripción adquisitiva (supuesto normativo). Sin embargo, en principio, la propiedad no puede ser despojada por la voluntad y acción de un tercero con el fin de satisfacer sus intereses.<sup>8</sup> Por esta razón, a nivel constitucional se establece una excepción: el derecho de propiedad sobre un bien forzosamente y de manera legal puede ser despojado de una persona y ser trasladado al Estado.

Una transmisión forzosa que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Constitución de 1993, solo puede darse por dos motivaciones taxativas y de interpretación restrictiva: seguridad nacional y necesidad pública. Deben cumplirse además una serie de formalidades detalladas que ratifican la naturaleza extraordinaria del sistema, tales como: mandato legal expreso, pago adelantado de justiprecio, etcétera.

Por otro lado, la propiedad y cualquier otro derecho real, manteniéndose en cabeza de su titular, puede restringirse en su ejercicio. Esto implica que el derecho existente en el plano abstracto se materializa en una serie de conductas que el sistema jurídico autoriza a su titular.

El Código Civil peruano de 1984 ha creído conveniente establecer las posibilidades de ejercicio que tiene el titular de la propiedad en el artículo 923 al señalar: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

Sin embargo, esta descripción normativa parece ser insuficiente, pues sin duda el derecho de propiedad otorga mayores posibilidades de actuación que las cuatro mencionadas. En realidad, el derecho de propiedad concede a su titular la mayor cantidad de facultades posibles respecto de un bien, siempre que estas no sean contrarias a la ley. El propietario, por ejemplo, puede constituir derechos disímiles sobre los bienes en favor de terceros, puede celebrar todo tipo de contratos cuyas prestaciones tengan como objeto sus bienes, puede conservar sin utilizar los bienes y, en última instancia, puede destruirlos.

Las facultades definen al derecho real. Luego de la propiedad están los llamados derechos reales sobre cosa ajena como el usufructo, la superficie, el uso o la hipoteca. En estos también existen facultades, pero estas —a diferencia de la propiedad—

---

<sup>8</sup> Esto no debe confundirse con las pretensiones de una persona en un proceso judicial. Si es que en mérito a una sentencia un sujeto pierde el derecho de propiedad que venía ejerciendo es porque en realidad nunca lo tuvo (caso de nulidad de la transferencia), porque ya no lo debe tener (caso de ejecución de garantía) o porque una norma de atribución (como en el caso de la doble venta) así lo determina.

se encuentran detalladas y restringidas. Así, el usufructo reúne las facultades de usar y disfrutar; el uso y habitación, solo la de usar; la superficie, la de construir sobre suelo ajeno (llamada *ius ad aedificandum*), y la hipoteca, la del *ius distrabendi* o derecho de realización del bien.

Por tanto, cuando la Constitución menciona el ejercicio de la propiedad se refiere a la actuación de las facultades que los sujetos pueden realizar sobre un bien, de acuerdo con el contenido de cada uno de los derechos reales de los que son titulares. Este ejercicio, además, debe hacerse respetando la ley y el *bien común*. Ambos conceptos establecen los límites al ejercicio de los derechos reales. Nosotros creemos que existe un límite más que, aunque pueda considerarse sobrentendido, cabe ser diferenciado: los derechos de los demás.

Es principio de toda sociedad liberal que los alcances de los derechos de una persona tienen como frontera la esfera de influencia de los derechos de otros. En cierta manera, el sistema, al dotar de protección a un derecho, lo que hace es evitar que terceros ajenos al titular puedan afectarlo. Por tal razón, la libertad de ejercer la propiedad u otro derecho real no puede perjudicar los intereses de terceros, esto es, el contenido negativo de la propiedad.

Al establecer la Constitución que todos tenemos derecho a la propiedad y que esta es inviolable, quiere sostener que nuestros derechos reales no pueden verse perturbados por el ejercicio de las titularidades de otros. A nivel del Código Civil esto se manifiesta en una serie de normas limitativas del derecho de propiedad por razón de vecindad. Ejemplo de ello es el artículo 961: «El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias».

Además, la ley, aparte de establecer impedimentos a los terceros para que no perturben los derechos patrimoniales de otros, también fija límites objetivos al ejercicio del derecho de propiedad y, por ende, de los derechos reales en general. Estos límites también son conocidos como cargas técnicas, tales como la zonificación, la habilitación, la subdivisión o los parámetros urbanísticos. Estas limitaciones se fundan en el interés general promovido por el Estado y están contenidas en una serie de normas de carácter administrativo.

Finalmente, el tercer límite establecido por la Constitución es el referido al concepto del bien común, que desarrollaremos en las próximas líneas.

En resumen, la Constitución establece que el ejercicio de las facultades que componen cada uno de los derechos reales reconocidos en el sistema jurídico nacional (bajo el principio de *numerus clausus*) se encuentra limitado por el mandato de la ley, los derechos de terceros y el *bien común*, como manifestación de un interés colectivo.

#### 4. El concepto de bien común y su relación con el concepto de interés social

¿Qué es *bien común*? Nuestra Constitución resulta bastante original al respecto, pues en el nivel del derecho comparado, como ya señalamos anteriormente, las Constituciones prefieren el término *interés social* para referirse a aquellas situaciones en las que las expectativas de una colectividad respecto al aprovechamiento de un bien se imponen a las lógicas pretensiones individuales del propietario.

Una primera aproximación al concepto de *bien común* puede ser ubicada en el pensamiento o doctrina social de la Iglesia católica. El *bien común* aparece como una figura contrapuesta al interés individual excesivo que caracteriza a las sociedades contemporáneas. El afán acumulativo sin fundamento, ni necesidad, se contrapone con los principios de solidaridad y caridad que la Iglesia defiende. Pablo VI, en la Carta Apostólica *Octogesima Adveniens*, es concluyente cuando predica que «los más favorecidos deben renunciar a algunos de sus derechos para poner con mayor liberalidad sus bienes al servicio de los demás».

Respecto al bien común, Juan XXIII, en la Carta Encíclica *Pacem in terris*, nos dice:

Una sociedad que, en todos sus niveles, quiere positivamente estar al servicio del ser humano es aquella que se propone como meta prioritaria el bien común, en cuanto bien de todos los hombres y de todo el hombre. La persona no puede encontrar realización sólo en sí misma, es decir, prescindir de su ser «con» y «para» *los demás*. En el Concilio Vaticano II se define al bien común como «el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección».

Es interesante observar cómo el pensamiento de la Iglesia católica se acerca al concepto de derechos humanos, entendiéndolo como contenido sustancial del bien común:

Es más, tanto el bien general como tales derechos (humanos) se refieren a necesidades humanas básicas y a bienes morales personales. Las necesidades básicas incluyen los bienes materiales necesarios para el sustento de la vida, tales como alimento, techo y otros requerimientos humanos. Los bienes morales personales se refieren a las capacidades humanas trascendentes relacionadas con las facultades del intelecto y de la voluntad. (Novoa & Sierra, 2018, p. 98)

Benedicto XVI, en su alocución ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de abril de 2008, reconoció la importancia de los derechos humanos en el concepto de bien común:

La vida de la comunidad, tanto en el ámbito interior como en el internacional, muestra claramente cómo el respeto de los derechos y las garantías que se derivan de ellos son las medidas del bien común que sirven para valorar la relación entre justicia e injusticia, desarrollo y pobreza, seguridad y conflicto. La promoción de los derechos humanos sigue siendo la estrategia más eficaz para extirpar las des-

igualdades entre países y grupos sociales, así como para aumentar la seguridad. Es cierto que las víctimas de la opresión y la desesperación, cuya dignidad humana se ve impunemente violada, pueden ceder fácilmente al impulso de la violencia y convertirse ellas mismas en transgresoras de la paz. Sin embargo, el bien común, que los derechos humanos permiten conseguir, no puede lograrse simplemente con la aplicación de procedimientos correctos ni tampoco a través de un simple equilibrio entre derechos contrapuestos.

Ahora, la idea de bien común hunde sus raíces en la misma historia del pensamiento humano. De él se ocuparon Aristóteles (la formación de cualquier comunidad requiere un bien común) y Santo Tomás (el bien común es divino, la contemplación de Dios, y a la vez temporal, el buen gobierno). Posteriormente, el concepto fue materia de análisis por el liberalismo individualista y las posiciones colectivistas que, bajo diversas variables, se desarrollaron en los siglos XIX y XX.

El liberalismo político clásico determina que la obtención de los fines de una colectividad se debe al libre mercado, regido por el interés personal y una mínima intervención del Estado. Desde esta perspectiva, el *bien común* se identifica con el interés general, pero se establece por consenso como la suma de los intereses elegidos por cada ciudadano a partir de su función de utilidad individual. De esta forma, el *bien común* es el mayor bien (privado) para el mayor número de individuos. Por otro lado, los liberales bienestaristas consideran que el bien común incluye, además de las satisfacciones individuales, unas consecuencias sociales en materia de igualdad, nivelación de las condiciones de partida y provisión de un Estado de bienestar universal. La sociedad observará siempre un enfrentamiento entre el mercado como ámbito de eficiencia y creación de riqueza, y el Estado partidario de la solidaridad y la redistribución. Partiendo de esa premisa, el bien común es el proceso por el que los ciudadanos acuerdan formar una sociedad que consideren justa y que promueva el bienestar de todos. Es un término instrumental para el bien de los individuos, que sigue siendo el objetivo final de la vida en sociedad (Argandoña, 2011).

Como vemos, el concepto de *bien común* resulta principista y valorativo, mucho más extenso que el de función e interés social. Apela a ideas que fundan y mantienen vigente el origen de la convivencia colectiva y, por ende, de un ordenamiento social y jurídico. Detrás del concepto de bien común, cualquiera sea la tendencia ideológica desde la cual se plantee su definición, trasunta la idea de un interés colectivo estructural y permanente de la sociedad que debe tomarse en cuenta al momento de ejercer un derecho. Como bien señala el profesor Héctor Riesle, el «*bien común* es la causa final de la sociedad, lo que significa que es su razón de ser, la referencia que da valor y sentido a la referencia de esta» (Riesle, 2014, p. 34). Ciertamente, su contenido varía según cada cuerpo social; sin embargo, debe respetar los bienes jurídicos básicos sobre los que se construye la sociedad y el sistema jurídico, y que, a nivel constitucional, se manifiestan en los derechos fundamentales de las personas y las normas imperativas que mantienen la existencia del Estado.

La Constitución de 1979 establecía en su artículo 124: «La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la

propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad».

La Constitución de 1993, en cambio, sustituyó el concepto de interés social por el de bien común. Este cambio tiene su razón de ser en la inspiración económica liberal de la nueva Carta Magna.

Como bien sabemos, Latinoamérica pasó por un período de liberalización de sus economías a inicios de la década de 1990. Una transformación directamente opuesta a las concepciones intervencionistas, estatistas y socializantes que habían gobernado el discurso económico de nuestros países desde la década de 1960. En este contexto se promulga la Constitución de 1979, que pervive durante los gobiernos de Fernando Belaunde (1980-1985) y Alan García (1985-1990), caracterizados por una fuerte crisis económica y altísimos índices de inflación. En el segundo de ellos, el estatismo y el intervencionismo llegaron a su «máximo esplendor» con el intento de estatización de la banca, el control de precios y la prolija actividad empresarial del Estado. El fracaso de las décadas precedentes obligaba a un cambio de timón en la economía hacia el libre mercado, cuyos beneficios habían sido largamente explicados por Mario Vargas Llosa durante la campaña electoral de 1990, cuyas elecciones, paradójicamente, perdió.

Al respecto, Chanamé Orbe sostiene:

La Constitución vigente, nace en un nuevo contexto económico: la crisis inflacionaria que recorría América Latina, el agotamiento de las propuestas del pensamiento cepaliano, el colapso mundial de la planificación centralizada, el agobio de la deuda externa, la crisis de los Estados interventores en la economía, el auge del proceso de privatización y la virtual quiebra de la economía nacional. (Chanamé, 2013, p. 54)

Un ingrediente adicional es el golpe de Estado de 1992. Como repetidamente nos muestra la historia, los quiebres del orden constitucional se justifican en la necesidad imperiosa, proclamada por un líder mesiánico, de grandes cambios políticos y sociales en un país; y el gobierno de facto de Alberto Fujimori no fue la excepción. El llamado «autogolpe» del 5 de abril de 1992 se justificó en los objetivos de lograr una lucha más efectiva contra el terrorismo y en superar el fracaso de los modelos económicos del pasado, cuya responsabilidad recaía en los partidos políticos y sus actores, los «políticos tradicionales». El nuevo orden debía ser distinto, oponerse al establecido en la Constitución de 1979; por tanto, su inspiración debía provenir de un liberalismo económico radical y plasmarse en una Constitución que refundara la patria. Estas motivaciones, además, se legitimaron en un amplio apoyo popular del gobierno tiránico.

En este contexto, la presencia del concepto de *interés social* generaba resquemores y recuerdos de épocas oscuras para los nuevos aires de la modernidad. Es preciso recordar que el concepto de *interés social* fue utilizado por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas del presidente Juan Velasco (1968-1975) para permitir uno de los hechos que ha representado la cúspide del intervencionismo estatal y de la afectación a la propiedad privada: la reforma agraria.



Estas visiones oscuras sobre el *interés social* se dejan ver, por ejemplo, en el Diario de Debates del Congreso Constituyente, cuando un representante oficialista propone desterrarlo de la Constitución rememorando hechos del pasado:

Si ustedes se acuerdan, con estos mismos conceptos se ha justificado lo que llaman la propiedad social; con estos mismos conceptos se ha justificado la obligación de un propietario a hacer la distribución de su propiedad a sus trabajadores; con estos mismos criterios se ha justificado la propia estatización de la banca. Entonces, al dar una concepción ilimitada a esto, estaríamos abriendo una puerta tremendamente peligrosa [...]. Yo creo que éstos son, justamente, los peligros que podrían significar tentaciones a lo largo de cualquier otro gobierno. Creo que éstas son las cosas que debemos hacer para dar la estabilidad, la seguridad jurídica de la propiedad.<sup>9</sup>

A nivel de la doctrina nacional, el *bien común* ha recibido diversos tratamientos. Algunos autores entienden que entre *bien común* e *interés social* existe una profunda sinonimia. Gonzales Barrón señala al respecto:

Bajo las denominaciones de *función social*, *interés social* y *bien común* se ha intentado resumir los fines colectivos, sociales, comunitarios o públicos a los que debe estar sometida la propiedad privada. Se trata en buena cuenta de una reacción frente a la concepción liberal de la propiedad que supuestamente concibe a la misma como un derecho absoluto de usar y abusar de los bienes sin límites [...]. La Constitución Alemana de Weimar marcó un hito en este tema, señalando en forma terminante que *la propiedad obliga* con lo cual se deja de considerar a la propiedad privada como un mero ámbito de libertad de su titular. Seguidamente las constituciones y los códigos civiles siguieron de una u otra manera la doctrina de la función social de la propiedad. (Gonzales Barrón, 2009, p. 282)

Para el profesor Martín Mejorada, en cambio, el concepto de *bien común* debe entenderse necesariamente bajo la óptica de los principios del liberalismo económico que inspiraron la elaboración de la Carta Magna de 1993. En este sentido, el *bien común* no sería más que el respeto, a manera de un valor supremo, de las libertades económicas plasmadas en el ejercicio de la propiedad. La propiedad solo puede ser limitada por normas que sean legítimas en la medida en que respetan el libre mercado consagrado en la Constitución.

Mejorada parte de la idea de que el Estado no debe intervenir en la actividad económica a menos que sea para afirmar la libertad o para limitarla en salvaguarda de derechos superiores colectivos o individuales, como la vida, la salud o la seguridad; y que el bienestar económico general —que bajo el nombre de justicia social ha sido reclamado por aquellos que buscan un mayor intervencionismo del Estado en la economía— no es un argumento válido para limitar la propiedad. En el esquema de la economía de mercado, es el ejercicio libre del dominio lo que genera el bienestar individual y colectivo. La limitación a la propiedad no es más que la afirmación de

---

<sup>9</sup> Intervención del congresista Victor Joy Way en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático del miércoles 21 de abril de 1993. Diario de los debates. Tomo IV. Edición oficial del diario *El Peruano*, p. 1954.

los derechos subjetivos o valores reconocidos en el ordenamiento, a través de las normas que describen tales situaciones. Mejorada teme, por tanto, que el contenido del *bien común* se escape de los parámetros positivos de una Constitución defensora del libre mercado y que pueda recaer en ideales abstractos de justicia o equidad (Mejorada, 2004, p. 130).

En este sentido, resulta necesario, para él, diferenciar el concepto de bien común del de interés social, recogido por la doctrina constitucional y por la Carta Magna de 1979. Por esta razón, nos dice:

como quiera que se entienda hoy el bien común, definitivamente no se le puede atribuir el significado que se le dio al interés social. *Bien común* puede ser todo menos interés social. El interés social sí permitía limitar e intervenir en la propiedad en base a un valor no recogido expresamente como un derecho subjetivo a favor de alguien o como una prohibición concreta y expresa. Este concepto hacía responsable al propietario en virtud de un valor abstracto que lo podía limitar en cualquier momento y en circunstancias no previstas expresamente por el ordenamiento. Situación clara de inseguridad para los propietarios.

En cambio, el *bien común* importa una garantía para los propietarios de que sólo serán afectados en los casos previstos en la ley y demás fuentes del sistema jurídico, pero ya no sobre la base de criterios arbitrarios. Esto no significa que la propiedad en el sistema jurídico peruano actual no genera responsabilidades o compromisos para los dueños. Todas las propiedades del mundo generan responsabilidades. Lo que ocurre es que la del Perú sólo soporta las limitaciones o responsabilidades que la ley señala. Esto tampoco significa que en el Perú la regulación de la propiedad es ajena a criterios de solidaridad; no es así. Empero, la aplicación de tales criterios se debe hacer en una vía segura como la tributaria, la misma que a su vez está rodeada de principios que dan garantías a la propiedad para que por ese camino tampoco se afecte el dominio al punto de hacerlo inútil (artículo 74 de la Constitución). (Mejorada, 2004, p. 130)

Kresalja y Ochoa mantienen una posición distinta sobre el *bien común*, pues sostienen que:

el contenido esencial del derecho de propiedad comprende dos elementos: la rentabilidad económica y rentabilidad social; fin individual y utilidad social, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva [...] nuestra Constitución acepta la *función social* de la propiedad en el corazón del derecho de propiedad bajo la forma de bien común, que permite al legislador moldear el contenido del derecho, así como bajo la forma de necesidad pública como causal de expropiación. De este modo, son lícitas las intervenciones del Estado —tanto reguladoras como expropiatorias— que permiten restringir los atributos del derecho sobre ciertos bienes o restringir el ámbito de bienes susceptible de apropiación privada. (Kresalja & Ochoa, 2012, pp. 66-67)

El Tribunal Constitucional también ha desarrollado el concepto de bien común en la sentencia del 1 de abril de 2005 emitida en el expediente de Acción de Inconstitucionalidad N° 0048 2004-AI/TC. A continuación, las referencias más importantes:



78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el *bien común* y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo [...], se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

81. En una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar al logro del bienestar general [...]

84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70° de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, *presupone, de un lado, que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.*

85. El *bien común* y el *interés general* son principios componentes de la función social de la propiedad. [...]. (Cursivas nuestras)

Para el Tribunal Constitucional, el *bien común* es una referencia o manifestación del concepto de función social de la propiedad, que tiene como objeto el bienestar social. Es más: considera que la función social forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.<sup>10</sup>

De lo analizado, podemos concluir que el concepto de *bien común* no puede limitarse a un tema exclusivamente económico. *Bien común* es un amplio concepto principista y valorativo que no solo impone el respeto a los principios del libre mer-

---

10 Mendoza del Maestro no se encuentra de acuerdo con esta posición: «A nuestra consideración, las manifestaciones (limitaciones) de la función social del derecho de propiedad se verifican tanto externamente, como internamente (obligaciones) y las mismas no se encontrarían dentro del denominado contenido esencial del derecho de propiedad. En este sentido, tenemos dudas si existiera violación a la llamada función social en su aspecto externo, ¿se está violando el derecho de propiedad? No, lo que se está justamente infringiendo son los límites de la propiedad, y en función de ello debería sancionarse, no por la vulneración del derecho, sino por abuso del mismo. De igual forma, en el supuesto de las manifestaciones internas (obligaciones) de la función social del derecho de propiedad, su incumplimiento generaría sanción dado que se han dejado realizar deberes que contiene la propiedad, lo que no es igual a los supuestos de la vulneración producto de una privación o cuando se le ha vaciado de contenido» (Mendoza del Maestro, 2013, p. 105).

cado, sino también a todos aquellos bienes jurídicos o intereses que resultan fundamentales para la pervivencia del hombre como individuo (derechos fundamentales) y como colectividad (principios que aseguren la existencia del Estado, garante de la convivencia y respeto de los derechos), y que, además, sean reconocidos por la Constitución.

El ejercicio del derecho de propiedad, por ende, debe realizarse respetando ese sistema valorativo, cuyo alcance es general a toda la sociedad, a toda la nación y no, a diferencia del interés social, a un grupo determinado. Obrar de acuerdo con el bien común en materia de propiedad es hacerlo respetando los derechos fundamentales y las libertades de las personas (por ejemplo, sin discriminar), pero también de una forma que no afecte el orden y las bases mismas del Estado (el ejercicio de la propiedad no puede afectar la seguridad nacional o el Estado de derecho).

## 5. ¿La Constitución de 1993 deroga el artículo 923 del Código Civil?

Se ha comentado en la doctrina que existiría una discordia entre la Constitución de 1993 y el Código Civil respecto a los conceptos de bien común e interés social. Como ya hemos mencionado, en su artículo 70 la Constitución de 1993 hace mención al *bien común* como límite al ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, el Código Civil promulgado en 1984 (bajo la vigencia de la Constitución de 1979), en el artículo 923, establece que la propiedad debe ejercerse en «armonía con el *interés social* y dentro de los límites de la ley».

Parecería que el texto de la Constitución de 1993 derogó la parte respectiva del Código Civil. El concepto de *interés social* ya no podría existir en la legislación pues por jerarquía normativa se impone el de *bien común*. Entonces, el artículo 923 debe entenderse como que la propiedad se ejerce en armonía con el *bien común*. Incluso podría decirse que el artículo en mención del Código Civil resulta inconstitucional.

Gonzales Barrón descarta esta última pretensión al sostener:

El término *interés social* contenido en la legislación ordinaria no tiene una clara definición en la doctrina jurídica. Incluso el legislador deja esa tarea librada a los jueces, lo cual es prueba de su indeterminación. Siendo ello así, es perfectamente admisible que el *interés social* sea completado o integrado a través de un concepto análogo como es el *bien común*, preferido éste por la norma constitucional. En buena cuenta pues el *interés social* del Código Civil deberá entenderse como sinónimo del *bien común* previsto en la Constitución [...]. La doctrina de Derecho constitucional admite esta interpretación cuando señala que la propiedad no es una institución puramente individualista, pues también tiene un contenido social; en tal sentido, el reemplazo del concepto de *interés social* por el de *bien común* no es mayoritariamente relevante, aunque esta última noción sea de dimensiones más amplias pero también más subjetivas. (Gonzales Barrón, 2009, p. 307)

Sin embargo, existe un tercer elemento que debe analizarse: el citado artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala: «1. Toda perso-

na tiene derecho al uso y goce de sus bienes. 2. La ley puede subordinar tal uso y goce al *interés social* (cursivas nuestras).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José, realizada en Costa Rica en noviembre de 1969, fue suscrita por el Perú, aprobada por Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, y se encuentra plenamente vigente en nuestro país desde el 28 de julio de 1978.

Por otro lado, el artículo 55° de la Constitución de 1993 establece claramente que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Así mismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución sostiene: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

A partir de este esquema normativo queda claro que los conceptos de *bien común* e *interés social* conviven en nuestro ordenamiento, y por lo tanto las interpretaciones a las limitaciones de la propiedad y de los derechos reales en general deben sopesarse con base en los alcances de ambos conceptos. En síntesis, «sea que el *bien común* o el *interés social* sean conceptos análogos o distintos, el derecho de propiedad se encuentra condicionado por ambos estándares como que emanan de normas con rango constitucional» (Gonzales Barrón, 2010, p. 399).

## **6. Las limitaciones al ejercicio de los derechos reales como consecuencia de los efectos de la pandemia del coronavirus (COVID-19)**

Una vez analizados los conceptos de *bien común* e *interés social*, y concluyendo que en ambos puede denotarse la búsqueda final del beneficio colectivo, cabe proponer si estos pueden ser aplicables a la crisis económica y sanitaria generada por la pandemia del coronavirus (COVID-19). Una aplicación que debe ser útil y convertirse en una herramienta práctica del Estado para enfrentar las dificultades que se han presentado.

Haciendo una precisión sobre el tema, debemos preguntarnos si se pueden establecer determinadas limitaciones al ejercicio de los derechos reales con el objeto de menguar la crisis económica antes señalada en los sujetos sobre los que el efecto de este ejercicio recae. La respuesta, creemos, es positiva.

Desde la perspectiva del *interés social* o *de la función social* de la propiedad, no hay mucho que analizar. El ejercicio normal de las titularidades reales puede convertirse, en circunstancias tan especiales como las que vivimos, en uno potencialmente perjudicial para un gran sector de la población, de manera que puede acrecentar la pobreza ya existente y la ocasionada con motivo de las restricciones al trabajo decretadas por el Gobierno o perjudicar las acciones para contrarrestar médicamente la enfermedad.

Por ejemplo, un propietario tiene como una de sus facultades más importantes la de reivindicar el bien, es decir, recuperar la posesión que otros vienen ejerciendo

sobre el objeto de su dominio. Pues bien: ¿qué sucede si esa reivindicación afecta a una familia cuyos miembros se encuentran infectados con el virus COVID-19?, ¿qué sucede si esa reivindicación pretende ser planteada a quienes ocupan un predio en el que se realizan labores médicas para combatir a la enfermedad? En esos casos, sin duda, el *interés social* es superior a la aspiración individual. El colectivo ha de considerar que de manera extraordinaria las pretensiones del propietario, si bien son legítimas, deben postergarse, pues es más importante para todos el combate a la pandemia y la protección de sus víctimas. Esto permitiría que una norma estatal limite el ejercicio de esta facultad con el objeto de evitar las contingencias graves que hemos señalado.

Desde la perspectiva del *bien común*, por otro lado, entendemos que las limitaciones al ejercicio de la propiedad también pueden justificarse dadas las lamentables características de los tiempos que vivimos.

Partamos de que el *bien común* busca proteger los valores que sustentan a la sociedad y que son reconocidos por nuestra Constitución. Esta protección, además, debe tener alcance general, es decir, involucrar a todos los habitantes del país. El ejercicio de las facultades que otorga la propiedad y otros derechos reales debe realizarse, entonces, sin afligir estos principios generales.

¿Qué afectaciones ha causado en nuestro país la pandemia? Indudablemente, y en primer lugar, ha mermado gravemente la salud de nuestra población. En el momento en que escribimos este trabajo, los infectados con el COVID-19 bordean, en el Perú, las 100 mil personas, y los muertos sobrepasan los 3 mil. Estos datos constituyen una clara muestra de que vivimos una gravísima crisis sanitaria nacional, en la que, además, han quedado evidenciadas las enormes falencias de nuestro sistema de salud. Somos testigos a diario de la saturación de los centros sanitarios, de la carencia de insumos y materiales para el personal médico y, finalmente, de la muerte de decenas de compatriotas esperando atención médica en hospitales públicos o en la inaccesible, por particularmente onerosa en estos tiempos, atención médica privada.

En segundo lugar, ha perjudicado notablemente la economía. Las medidas restrictivas emitidas por el Gobierno han impedido por varios meses el libre ejercicio de las actividades económicas por parte de los ciudadanos. Esto ha ocasionado una crisis económica de ribetes catastróficos en los hogares de millones de peruanos, más aún en un país como el nuestro, en donde el empleo formal es privilegio de una minoría y los recursos económicos de una familia se obtienen mediante actividades independientes, muchas de ellas informales. En la actualidad, miles de compatriotas, literalmente, no tienen dinero para sus necesidades básicas. La ausencia de recursos también ha llevado a un gran número de peruanos a incumplir sus obligaciones respecto a vivienda, servicios educativos, créditos de consumo, créditos hipotecarios, etcétera.

Así mismo, el sistema productivo nacional se encuentra paralizado por las medidas de aislamiento social. La minería, el transporte, la manufactura y los servicios, entre otros sectores, no tienen actividad, por lo que miles de puestos de trabajo se han perdido y la recaudación tributaria ha descendido a niveles alarmantes.

En último lugar, ha puesto en riesgo la misma integridad del Estado. Las pandemias crean inestabilidad e inseguridad social. El excanciller alemán Joschka Fischer sostiene:

la experiencia pasada nos dice que grandes conmociones como esta tienden a perturbar los sistemas políticos y las relaciones internacionales. Las democracias occidentales, en particular, pueden poner a sus gobiernos en tela de juicio. Los principios de los derechos humanos pueden enfrentarse a los imperativos económicos. La pandemia también invita a un conflicto generacional entre jóvenes y viejos, y entre autoritarismo y democracia liberal. (Fischer, 2 de abril de 2020)

Ya hemos visto cómo la población, desesperada por conseguir recursos para sobrevivir, ha desobedecido abiertamente las disposiciones del Gobierno. Se han presentado casos incluso de agresiones a policías y cuerpos de serenos municipales. Si la enfermedad se propaga aún más y la crisis aumenta, el orden público y la seguridad entrarían en jaque, abriéndose la puerta para violentos saqueos, protestas masivas e, incluso, inestabilidad política.

Es evidente que estas afectaciones atentan contra los valores que inspiran a la sociedad y al ordenamiento jurídico del país, por lo que evidentemente constituyen un asunto de *bien común*. Para empezar, si el *bien común* busca, de acuerdo con la Constitución, que el hombre y su dignidad sean el fin supremo de la sociedad y del Estado, ¿no son acaso los efectos de esta pandemia en la economía, en la salud y en la propia vida de los peruanos una situación que exige que dicho objetivo se convierta en algo real?

La integridad de la persona y el acceso a servicios de salud son derechos fundamentales de los ciudadanos recogidos en la Constitución y contenidos, por ende, en el concepto de *bien común*. El *bien común* debe buscar que las personas puedan acceder a servicios de salud aceptables y a que el Estado defienda su integridad física ante cualquier amenaza. Aparte que la misma dignidad humana se ve degradada por la forma en que las personas padecen por la falta de atención médica e incluso por la manera en que sus cuerpos son tratados luego de fallecer.

Los principios económicos que inspiran la Constitución también se han visto perjudicados; por ejemplo, la libertad de trabajo, la libertad de contratar y la libre competencia. Los fines de la economía de mercado, contenidos también en la idea del *bien común*, nos son realizables en la medida en que los efectos de la inmovilidad social decretada por el gobierno lo impiden.

Finalmente, la seguridad pública y la vigencia de los preceptos constitucionales creadores del Estado también forman parte del bien común. Son, entonces, cuestiones fundacionales del sistema las que se encuentran en riesgo en los tiempos actuales.

¿No es acaso un asunto de *bien común* y de interés de todo el país la superación de la pandemia como fenómeno clínico, pero además como generador de efectos nocivos para la economía y la sociedad antes descritos? Por tanto, es imperativo elaborar respuestas a estas contingencias limitando el ejercicio de ciertos atributos de la propiedad para que las afectaciones señaladas dejen de existir o, en todo caso, disminuyan.

En este sentido, la intervención del Estado respecto al ejercicio de los derechos reales en épocas de pandemia resulta necesaria, «pero dicha intervención solo puede concretarse a través de una norma que imponga limitaciones o deberes al propietario, o le exija recabar autorizaciones de la administración» (Gonzales Barrón, 2009, p. 303). Un punto importante es que estas intervenciones no atentan contra los principios económicos recogidos en la Constitución de 1993, pues no están inspiradas en un propósito intervencionista del Estado frente a los derechos de terceros, sino en la urgencia de una situación *sui generis* representada por la pandemia, un hecho extraordinario sin antecedentes en nuestro país.

Veamos algunos ejemplos de limitación de las facultades contenidas en los derechos reales, en aplicación del concepto de *bien común*:

a) En el caso del derecho de propiedad, la facultad de uso puede restringirse en los supuestos en los que se requiera la utilización total o parcial de un bien con fines de superación de los efectos de la enfermedad. Imaginemos que un colindante de un hospital sea propietario de un terreno de grandes proporciones. Mediante una norma, el Estado puede exigir el uso temporal de parte de él para ampliar el número de camas de atención. También podría aplicarse al supuesto de quienes tienen almacenados equipos médicos necesarios para la atención de infectados. Aquí, el Estado puede asignar, por un período de tiempo, el uso de los mismos a los centros de salud.

Por otro lado, en lo que respecta a la importante facultad de disfrute del bien, que no solo forma parte del contenido del derecho real de propiedad sino también del de usufructo, su limitación podría contribuir a superar problemas de suma actualidad, como los surgidos en el incumplimiento de contratos de arrendamiento.

En efecto, esta facultad permite al propietario o usufructuario apropiarse de los frutos (provechos económicos) que produce el bien. Los frutos pueden ser naturales, industriales y civiles; estos últimos constituyen las rentas que pueden obtenerse por la cesión en uso del bien mediante un negocio jurídico. Hoy vemos cómo miles de inquilinos no pueden pagar las rentas de los arrendamientos suscritos en épocas de normalidad, por lo que una ley puede limitar la obtención de estos frutos de manera temporal, es decir, suspender por un corto período el cobro de los arriendos, tal como ha sucedido en Europa, aunque compensando de alguna manera las necesidades de los arrendadores.

b) El atributo reivindicativo que durante mucho tiempo se creyó exclusivo de la propiedad, hoy sabemos que también pertenece a cualquier derecho real que requiera de la posesión del bien. Este permite, mediante acciones judiciales y extrajudiciales, a quienes tienen título, a poseer, recuperar la posesión de quien no tiene legitimidad para ello. En aras del bien común, que busca todos los mecanismos posibles para eliminar o aminorar los efectos negativos de la pandemia de la COVID-19, una norma puede determinar con claridad la improcedencia de las acciones de desalojo, nuevamente, de forma temporal, mientras duren las medidas de aislamiento social.



Con una medida de este tipo se pueden evitar los lamentables desalojos violentos de los que han sido víctimas personas que no han podido cancelar sus arriendos a consecuencia de la crisis económica generada por la inmovilidad social. La prensa nos ha mostrado situaciones lamentables de migrantes nacionales o extranjeros, personas de la tercera edad, niños y enfermos que han sido desalojados por los propietarios de los inmuebles lanzando sus enseres a la calle e incluso utilizando armas de fuego.<sup>11</sup>

- c) Otra limitación importante de los derechos reales puede darse en el tema de las garantías. Empecemos por la hipoteca, que contiene una sola facultad en favor de su titular, el acreedor hipotecario: la de realización del bien. La doctrina clásica llama a esta *ius distrabendi*, que es el derecho de todo acreedor hipotecario a solicitar al juez la realización del bien ante el incumplimiento de la obligación principal. De esta forma, el bien objeto de la garantía real se convierte en dinero con el cual se cancela la deuda. Pues bien: hemos sido testigos en las últimas semanas de múltiples protestas por parte de personas que han adquirido inmuebles (sobre todo departamentos) mediante créditos hipotecarios y que no cuentan con recursos para cumplir con las prestaciones dinerarias. Ellos no solicitan que las deudas se condonen, sino que se extiendan y posterguen los vencimientos de las cuotas de los mutuos. En este caso, podría limitarse el ejercicio del *ius distrabendi*, de manera tal que por un determinado período de tiempo los acreedores hipotecarios no soliciten la ejecución de la garantía hipotecaria ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas. Un caso especial es el de la garantía mobiliaria. Esta es una figura cuya regulación otorga al acreedor las mayores posibilidades para cobrar su acreencia. Así, la garantía mobiliaria permite su ejecución mediante un proceso judicial, un procedimiento privado extrajudicial o el pacto comisorio (apropiación automática del bien ante el incumplimiento de las obligaciones). Pues bien: estas facultades expeditivas otorgadas por la garantía mobiliaria pueden ser suspendidas, temporalmente, en aplicación del bien común, dada la precariedad económica existente, sobre todo en favor de quienes accedieron a créditos vehiculares para dedicarse al servicio de transporte (taxis) y no pueden realizar su actividad plenamente debido a las restricciones gubernamentales. Similares restricciones pueden darse en el derecho real de retención, que permite al acreedor retener un bien relacionado con la deuda que se reclama. Pensemos en un taller automotor que retiene un buen número de ambulancias como consecuencia de una deuda impaga por concepto de mantenimiento. El *bien común* dispondría que dicha retención quede sin efecto, temporalmente o estableciendo legalmente alguna compensación al acreedor, con el fin de que dichos bienes sean utilizados en el combate contra la pandemia.

---

11 Si bien existe legislación que protegería al poseedor cuando sucede este tipo de eventos, esta resulta confusa. Hablamos del artículo 920 del Código Civil, que regula la defensa posesoria extrajudicial. Su redacción invita a pensar en poderes invencibles del propietario cuando se trata de recuperar la posesión. Sobre todo, aquel párrafo que sostiene que en ningún caso procede la autotutela en contra de los propietarios de bienes. Precisamente para evitar lo que hoy sucede, una derogación de este artículo resulta necesaria.

- d) Las servidumbres, sobre todo las visibles o materiales, también pueden ser restringidas en aplicación del bien *común*. Por ejemplo, una servidumbre de paso puede ser prohibida temporalmente por motivos de salubridad, en el caso de que el predio dominante constituya un foco de infección. Así mismo, las compensaciones económicas por el ejercicio de la servidumbre en favor del titular del predio sirviente pueden suspenderse con motivo de la crisis económica.
- e) Algunas limitaciones ya se han operado de manera indirecta. Por ejemplo, en el derecho de superficie, en el que las medidas de aislamiento social han impedido que se realicen actividades en el rubro de la construcción; por tanto, el derecho a edificar sobre terreno ajeno no ha podido ser ejercido.

## 7. Conclusiones

1. Nuestro sistema reconoce limitaciones a la propiedad y a los derechos reales, las cuales operan en función de dos conceptos: el *interés social* y el *bien común*. Ambos principios se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento constitucional.
2. El *interés social* hace prevalecer frente al ejercicio individual de la propiedad los intereses colectivos, sobre todo cuando el ejercicio de la propiedad puede atentar contra el desarrollo o «plan de vida» de los demás miembros de la comunidad.
3. El *bien común* se relaciona con principios o ideales que son fundacionales de nuestra sociedad y que informan nuestro ordenamiento constitucional. Por tanto, el ejercicio de cualquier derecho subjetivo (en este caso los derechos reales) debe acomodarse al *bien común* que, además, tiene un alcance general y absoluto.
4. Las limitaciones a los derechos reales en mérito al *bien común* pueden convertirse en una herramienta eficiente que posibilite la emisión de normas que disminuyan o eliminen las consecuencias lesivas para el país originadas por la irrupción de la pandemia COVID-19.
5. Estas limitaciones solo pueden ser instauradas por el Estado mediante la emisión de normas, pues la legalidad es una garantía que rige las restricciones de derechos. Ellas tendrán siempre una característica particular: su temporalidad, pues corresponden a una situación única y extraordinaria.
6. Estos condicionamientos a la propiedad no responden a concepciones ideológicas permanentes en el tiempo, sino a la resolución de una situación trágica e inesperada que requiere de respuestas inmediatas. No se trata de atacar o debilitar los principios del libre mercado; todo lo contrario: respetándolos, la realidad obliga a tomar medidas extraordinarias para superar una crisis que atenta contra el contenido del *bien común* y de los valores reconocidos en la Constitución.



## Referencias

- Alona, N. (2013). Derecho a la propiedad privada. En E. Reguería Alonso (Dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino* (pp. 355-370). Buenos Aires: La Ley.
- Avendaño, J. (1994). El derecho de propiedad en la Constitución. *Themis-Revista de Derecho*, (30), pp. 117-122.
- Chanamé, R. (2013). Constitución económica. *Derecho y Sociedad*, (40), pp. 43-63.
- Fischer, J. (2 de abril de 2020). La política de la pandemia. *El Economista*. Recuperado de <http://www.economista.com.mx/opinion/La-politica-de-la-pandemia-20200402-0019/>
- Gonzales, G. (2009). *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales.
- Gonzales, G. (2010). El derecho de propiedad en la Constitución: una nueva lectura que abre el camino hacia un derecho civil justo. En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales de las diversas especialidades del derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial.
- Mejorada, M. (2004). La propiedad y el bien común. *Foro Jurídico*, (3), pp.128-131.
- Mendoza, G. (2013). Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales. *Foro Jurídico*, (12), pp. 97-108.
- Novoa, C., & Sierra, S. (2018). El bien común en la esfera de la teología, la ética y la moral social. *Revista Albertus Magnus*, volumen 9, (1), pp. 89-108.
- Riesle, H. (2014). Derecho de propiedad privada, bien común y principio de subsidiaridad. *Revista de Derecho Público*, (15), pp. 34-56.
- Rolla, G. (2001). La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia* (5), pp. 535-560.



**La propiedad y el común:  
reflexiones sobre el valor de la comunidad en el  
presente de crisis**

*José Carlos Fernández Salas*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

El COVID-19 nos ha obligado a aislarnos físicamente y a encontrar creativamente medios para mantener nuestras actividades a distancia. Pero, a la vez, nos ha vuelto más conscientes de elementos de la vida que en los tiempos previos a la pandemia solíamos dar por sentados. Uno de esos elementos es la comunidad. Con ello me refiero a la comunidad que compartimos con los miembros de nuestra familia, los vecinos de nuestros edificios o barrios, los integrantes de nuestros grupos, clubes y asociaciones, los compañeros de trabajo o de estudios y hasta las personas en general con las que compartimos nuestra ciudad. La pandemia no solo ha activado nuestra percepción sobre esos vínculos, sino que en muchos casos es a esas redes de personas a las que muchos han recurrido para sortear estos tiempos difíciles, bien a través de un grupo de Whatsapp en el edificio, bien por medio de una olla común para preparar los alimentos en el barrio.

Esa realidad tan cotidiana de la que escuchamos y leemos permanentemente en los noticieros y las redes sociales se traduce también en los espacios que habitamos. De algún modo, las personas se han organizado para escapar del departamento hacia la azotea, que es el área común del edificio, o para usar las escaleras y terraplenes de la calle, cuando la vivienda propia resulta demasiado pequeña para hacer viable el confinamiento. Aun solo mirando desde la ventana, al vivir en una ciudad sabemos que los otros están ahí; sentimos esa presencia y, también, cómo el valor solidario de las personas se refuerza mucho ante las adversidades: hace un par de años frente a las inundaciones provocadas por el Fenómeno El Niño, hoy frente al COVID-19, mañana no sabemos frente a qué.

A ese valor de comunidad a veces difícil de describir y frecuentemente difícil de explicar se le suele llamar «el común» (Ostrom, 1990, p. 2). La idea de que, contra la creencia de que impera entre nosotros el afán por maximizar beneficios al estilo del *homo economicus*, las personas tienden en muchos casos a cooperar, a ayudarse mutuamente y a compartir sus bienes y recursos. Por ello, cuando se trata de la propiedad, que es el tema en el que me quiero enfocar, no debería sorprender que los ciudadanos cooperen con tanta naturalidad y se asocien, sea para compartir las áreas comunes de un condominio o para formar y mantener una asociación de vecinos que se encargue de las gestiones ante las autoridades para el acceso a agua potable.

En contraste con ese valor de la comunidad que se ha hecho tan palpable durante esta pandemia, lo que sostengo en las reflexiones que siguen es que la regulación de la propiedad en nuestro sistema jurídico civil está impregnada de una filosofía individualista. Señalo, además, que ello no tiene su origen en el giro liberal de las últimas décadas del siglo XX, ni en las ideas de Hernando de Soto (2020) que hasta hace unas pocas semanas afirmaba que la respuesta correcta a la pandemia es la formalización individual de los títulos informales y la generación de capital mediante el desbloqueo de esos recursos. Afirmo que ese paradigma individual de la propiedad viene enraizado en la regulación de los derechos reales desde los movimientos de codificación que se originaron en Europa y que luego reproducimos en Latinoamérica. Es esta realidad la que —sostengo— torna más complejo el intento de hacer que nuestras normas de propiedad añadan ese valor del común al que parecemos ser tan proclives los peruanos especialmente en tiempos de crisis.

Afortunadamente, el derecho no es solo las normas sino fundamentalmente la forma en que estas se han desenvuelto en la realidad de nuestra historia y de nuestro presente (Herzog, 2015, pp. 243-268). Esa mirada a la historia reciente y no tan reciente de nuestro país y de nuestras ciudades nos dice que las personas sí que han materializado el común en el ejercicio de la propiedad. Han contradicho la transitoriedad de la copropiedad del Código Civil y organizado complejos esquemas de tenencia a través de acciones y derechos sobre inmuebles con saneamiento físico legal aún pendiente. Han minimizado el hecho de que la asociación civil es una figura que ni siquiera aparece en el libro de derechos reales y la han convertido en protagonista de los mecanismos de adquisición del derecho de propiedad a través de las frecuentes asociaciones de vecinos o asociaciones de vivienda. Y cuando ha entrado a tallar la titulación individual de propiedades, esta ha sido más bien perniciosa y poco exitosa como política pública (Calderón, 2019, pp. 52-56).

Con base en ello, en este artículo afirmo que en esta crisis que vivimos existe una oportunidad para incorporar más de las prácticas comunitarias de los vecinos de nuestras ciudades en las instituciones jurídicas. Ello no solo representa una avenida para el acercamiento de nuestro derecho a la realidad multicultural local, sino que es también beneficioso como política pública: las comunidades de personas pueden ser —y en muchos casos ya lo son— las que suplan los vacíos que se generan con un Estado que no se da abasto para garantizar los mínimos de vivienda, servicios y equipamiento dignos en nuestras ciudades. Los hacedores de políticas públicas, muy pocas veces abogados, no saben cómo hacerlo; nosotros, desde el derecho, estamos en una posición inmejorable para contribuir.

Por lo demás, las reflexiones que contiene este artículo se ordenan del siguiente modo. Primero, se describen ejemplos de episodios de cooperación comunes que se han suscitado en estos días de confinamiento forzado. Segundo, se examina la compatibilidad de nuestro libro de derechos reales en el Código Civil con la consideración del común en el ejercicio del derecho de propiedad. Finalmente, se afirma que, aunque las normas formales estén informadas por un paradigma individualista, el desenvolvimiento de la propiedad en la realidad es el que los abogados deberíamos tomar como referencia al momento de repensar las antiguas normas de nuestro Código Civil.

## 2. La propiedad en el presente de crisis

Un edificio de tres pisos en la urbanización San Borja Norte ha visto a sus habitantes comunicarse más activamente que nunca. Las áreas comunes de los seis departamentos (dos por cada piso) consisten solamente en una vereda angosta entre los espacios de estacionamientos, las escaleras que comunican las viviendas y una azotea enrejada con algunos cordeles para colgar la ropa. Solamente los vecinos de los dos departamentos del tercer piso conocían de antemano el nombre de los miembros de la otra familia. El resto de las relaciones entre las personas del edificio se limitaba a un saludo cordial al cruzarse en las gradas o en la entrada.

Este anonimato mutuo cambió recientemente. Luego de decretado el estado de emergencia por el COVID-19, fue una de las familias del tercer piso la que tuvo la iniciativa de crear un grupo de Whatsapp para el edificio, de modo que las personas que viven en el tercer piso —las familias más jóvenes— puedan ayudar en lo que se necesite a las familias de los pisos más bajos, especialmente en cosas como las compras en el supermercado para la señora de más edad que vive en el departamento 102.

El grupo de Whatsapp del edificio se ha vuelto más activo con el correr de los días. A través de este, en las primeras semanas de la cuarentena se animaron todos a salir a las 8 de la noche a las ventanas para aplaudir la labor de la Policía, los médicos y el personal de los servicios esenciales que están trabajando durante la emergencia. Fue también por medio de este que se fueron compartiendo las noticias sobre casos de contagiados con el virus en zonas cercanas al edificio. En cierto momento alguno de los miembros del grupo de Whatsapp cambió el nombre del grupo de «compras en el mercado» a «Vecinos Deraín 188» y le pusieron la foto del edificio como imagen de perfil.

Para Alfredo, un profesional de mediana edad que vive solo en el departamento 202 (su familia entera vive en provincia), el grupo fue su mayor desahogo mientras respetaba la cuarentena de tantas semanas. El sufrimiento que le ocasionaron los alargues de esta y las medidas fallidas del Estado, como la de turnar las salidas a la calle por género, se apaciguaban con las iniciativas que tenía para su edificio. Bien el gel desinfectante amarrado a la puerta de entrada, bien la limpieza de la azotea para que las familias puedan salir allí a tomar el sol por turnos durante el día, siempre encontró algo que hacer para mejorar los días de confinamiento para su comunidad de vecinos y para él mismo.

El ratio de habitantes por policía en el distrito de Villa María del Triunfo era, al año 2017, 1192 habitantes por cada policía, sustancialmente mayor que el ratio de San Isidro, que es de 299 habitantes por cada policía, y que el de Miraflores, que es de 305 habitantes por cada policía (IDL, 2017, p. 163). Por eso, cuando inicialmente se dispuso el estado de emergencia y la prohibición de salir a la calle, se anticipaba que el nivel de respeto de la disposición no sería el óptimo en zonas de nuestro país como el distrito de Villa María del Triunfo. Sin embargo, es en esos espacios carentes de una presencia sustancial del Estado donde se ubican un conjunto de organizaciones colectivas muy comunes en nuestro país: las asociaciones de vivienda.

Fueron estas organizaciones de vecinos las que, ante la falta del personal policial o de serenazgo suficiente, coordinaron la realización de rondas a partir de las 8 de la noche para, así, asegurarse de que la gente no saliera de sus casas y se redujeran las posibilidades de que alguien de la comunidad se contagie con el virus y con ello contagie al resto de miembros (Descro, 2020). Así, entre la lejanía del Estado y la omisión en el cumplimiento en la mayoría de sus funciones, por un lado, y la vulnerabilidad de una persona o una familia de manera individual, por el otro, se alza un rol preponderante de un actor no solo jurídico, sino fundamentalmente social y político, que es la asociación que agrupa a las familias de una determinada zona o barrio en las ciudades peruanas.

Una de esas organizaciones es la del barrio Virgen de la Candelaria en el distrito de Villa María del Triunfo. El secretario general de esta asociación de vecinos describe la manera en que para esta organización no ha sido una novedad la coordinación de las rondas nocturnas, ya que desde hace años han coordinado de manera colectiva las obras que se han hecho necesarias para el paulatino desarrollo del barrio. A base de faenas dominicales y de cuotas periódicas aportadas por las familias, han hecho las obras necesarias para los caminos, las escaleras y una red de agua, y han realizado las gestiones necesarias para conseguir acceso a electricidad. Recientemente han construido una parte del local comunal donde tienen sus reuniones periódicas para coordinar sus acciones, y de cuando en cuando organizan una reunión social y su respectivo partido de fútbol en la cancha del barrio (Hidalgo, 2018).

No era sino natural que sea esta la organización que se encargue de canalizar las necesidades de los vecinos en los tiempos tan diferentes que le ha tocado vivir a la ciudad con la crisis del COVID-19. La pandemia los ha empujado ahora a coordinar actividades de emergencia como la preparación de una olla común para suplir la escasez económica que ahora muchos de los vecinos sufren por la cuarentena. Los propios miembros se han dividido distintos roles para la compra de suministros, para la preparación de la comida y también para fiscalizar el respeto de la higiene y la distancia social en todo el proceso de recogida de los platos de comida por los vecinos.

La situación de cuarentena por el COVID-19, extendida una y otra vez, ha sido un constante recordatorio de lo limitada que es la vivienda propia, de la dificultad de los períodos solitarios y, en general, de lo ilusorio de la vida individual. Lo que hasta hace tan poco tiempo era una situación inmobiliaria ideal ha sido puesta en cuestión. Un departamento mediano o grande en un distrito céntrico de la ciudad, con un estacionamiento y un vigilante en la puerta, ha dejado de ser un sueño inmobiliario para pasar a ser un espacio de confinamiento forzado por momentos similar al de una prisión. Se han puesto en discusión los espacios públicos que requiere la gente para complementar su vida de casa, las redes de personas a las que uno pertenece, ya sea en el trabajo, el centro de estudios o en los clubes y asociaciones, la importancia del barrio y los servicios a los que uno puede acceder sin necesidad de manejar por media hora o una hora y la necesidad de conocer la identidad del vecino, bien para apoyarse con las compras, bien para solamente tener alguien con quien conversar. En suma, la necesidad del colectivo.



En las zonas más precarias de la ciudad el colectivo ya no es solo una forma de tener una cuarentena más llevadera, sino que se convierte en el elemento del que frecuentemente depende la circunstancia de llevar o no ese día un plato de comida a casa. Las asociaciones de vecinos han sido las redes que han organizado la compra al por mayor de víveres y la preparación de una olla común. Las calles y las escaleras públicas han sido los espacios abiertos que han permitido desfogar el hacinamiento de viviendas con solo una o dos habitaciones. Han sido también los grupos de presión para ponerse en contacto con autoridades, entidades prestadoras de servicios o hasta periodistas, para poder acceder a servicios tan críticos en estos días como el suministro de agua potable. Se pone con ello en cuestión la pertinencia de las políticas públicas que buscan responder a las necesidades de la población a través de mecanismos que dejan de lado al colectivo como, por ejemplo, la ya antigua titulación individual o la reciente transferencia directa de dinero.

Este es el punto en el que corresponde preguntarse por el derecho y las instituciones jurídicas. ¿Recogen las instituciones jurídicas este valor de la comunidad que se ha hecho tan patente en estos tiempos de cuarentena? ¿Reflejan las normas la limitación de la vida individual y la necesidad de recurrir al colectivo? ¿Evitan las normas que la exageración de la protección a las decisiones individuales ponga en peligro el bienestar de la comunidad?

Evidentemente, el examen de estas preguntas se viene haciendo en muchas ramas del derecho en estos días. Se habla de las restricciones a la libertad y otros derechos constitucionales en pro de la salud pública; se habla, en el ámbito de la contratación privada, del solidarismo y la justicia contractual; y hasta se ha usado el recurso a la solidaridad para proponer un impuesto a las grandes fortunas para el sistema tributario. Lo que a continuación haremos es la evaluación de hasta qué punto esta consideración del común permea la regulación del derecho de propiedad y, en general, de los derechos reales en el sistema jurídico peruano.

### **3. La propiedad en el Código Civil y el individualismo**

A contramano de lo descrito en la sección anterior, el sistema formal de derechos reales peruano está organizado en función de los intereses del individuo. La unidad fundamental de esta rama del derecho es el bien y el derecho real que el sujeto de derechos detenta sobre él. Las manifestaciones de colectividad en este sistema son estrictamente evitadas, puesto que contradicen la filosofía de lo exclusivo y excluyente del derecho de propiedad, contradicen el afán de oponibilidad de «mi derecho» frente a los demás —*erga omnes*— que caracteriza al libro V del Código Civil peruano.

Así, por ejemplo, la situación de copropiedad sobre un bien es considerada nada más que una fase transitoria en la situación patrimonial de los sujetos. Cualquiera de los copropietarios, dice el Código Civil, puede pedir en cualquier momento la partición —acción obligatoria e imprescriptible para forzar la terminación de la situación de copropiedad—, sin importar que tenga solamente el 0,0001 % de todas las alícuotas. A eso se le ha llamado tradicionalmente la adopción de la lógica de la

«comunidad romana» en contraposición a la más colectiva «comunidad germánica». Se llega a decir que la razón por la cual se ha regulado la copropiedad es por la inevitable circunstancia de la vida de que un conjunto de herederos reciba en común los bienes de su causante, pero que será de interés de aquellos deshacerse de esa situación de «confusión» a la brevedad posible.

Otra expresión de colectividad, las personas jurídicas —esa manifestación del común en que dos o más personas vinculan sus intereses, sus objetivos y también sus patrimonios—, está enteramente excluida de la regulación de los derechos reales. A la regulación de los derechos reales no le resulta relevante que el propietario sea un individuo o una asociación de 50, 100 o 500 personas o familias. Igual se repite que la exclusividad es un carácter tradicional de la propiedad. Por lo tanto, la forma en que se relaciona con el bien un miembro de una asociación, un comunero de una comunidad campesina o incluso un accionista de una sociedad queda a medio camino entre las normas de personas jurídicas y las normas de derechos reales.

La misma propiedad horizontal —todavía llamada así en el texto del Código Civil— es un fenómeno marginal en la tradicional regulación civil de los derechos reales. Los espacios de manifestación del común en las ciudades no se limitan solamente a asociaciones de vivienda o a copropietarios de terrenos sin saneamiento, sino que también incluyen los innumerables edificios de departamentos y oficinas que existen en las zonas más consolidadas. La cotidianidad de la necesidad de administrar una sala común de usos múltiples, de organizar la recolección de las cuotas, el pago del servicio de limpieza y mantenimiento, así como la propia interacción personal entre los vecinos de un edificio o un condominio, son manifestaciones de lo cercanos que estamos todos a los espacios colectivos. Los profesores de derecho y los legisladores se ocupan profusamente de esta materia, al punto de que quizá su regulación registral es hoy en día excesiva. Sin embargo, nuevamente es pertinente apuntar que el Código Civil dedica nada más que un artículo a la propiedad horizontal.

Muchos sectores del derecho tienen cierto nivel de flexibilidad para incorporar las evoluciones de la sociedad y responder a las incompatibilidades del derecho formal con las prácticas locales. El mero hecho de que la gran mayoría de las normas en materia de contratos y obligaciones sean supletorias de la voluntad de las partes permite a los sujetos configurar sus acuerdos con ajustes *ad-hoc* para sus respectivas situaciones. Aunque los derechos reales cuentan con cierto espacio para dicha libertad, tienen una fuerte restricción a la posibilidad de los sujetos de crear nuevos derechos reales y de reconfigurar los que ya existen, por ejemplo, mediante la creación de figuras que incorporen un aspecto más colectivo. El movimiento de codificación civil trajo consigo en los derechos reales la incorporación del principio de tipicidad o de *numerus clausus*, excluyendo antiguas formas de tener derechos sobre los bienes y limitando la baraja de opciones a los derechos existentes en el Código (Cacciavillani, 2019, p. 124). Por lo tanto, el espacio para escapar del paradigma individualista en el campo de los derechos reales es mucho más limitado que en otras ramas del derecho.

Se explica de muchas maneras esta visión respecto de nuestra propiedad. Por un lado, se recurre en muchos casos a la historia reciente de nuestro sistema políti-

co-económico. La Constitución que hoy nos rige es la de 1993. Su capítulo económico, al que se atribuye el mérito de la estabilidad macroeconómica actual del país y los años de crecimiento económico en la década de 2000, considera la propiedad como un valor inviolable que no se puede vulnerar sino por causales muy restringidas. No estamos solos en ello. México, Chile y Latinoamérica en general fueron el escenario de una ola de reformas liberales entre los años 80 y 90 del siglo pasado que santificaron las libertades económicas y confiaron el destino de la sociedad a la eficiencia de los intercambios por parte de los agentes racionales que, se afirmaba, son los ciudadanos. En el Perú muchos fueron tal vez creyentes de esta visión, especialmente cuando fue el *shock* económico el que nos hizo avanzar del horror inflacionario del primer Alan García y nos colocó de nuevo entre los países amigos del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. La propiedad privada se volvió, por lo tanto, un pilar de nuestro sistema económico, y su parámetro de ejercicio pasó a ser el bien común, abandonando nominalmente la consideración del interés social y restringiendo los motivos de expropiación incluso más allá que otros países latinoamericanos y que los mismos Estados Unidos.

Al justificar esta visión de la propiedad, la historia reciente se combina con enfoques funcionales como el análisis económico del derecho al momento de justificar esta toma de partido por la protección de las libertades individuales. No hay alegoría más gráfica que la de los pastos africanos que desaparecen víctimas de la tragedia de los comunes. Que todo pertenezca a todos, se dice, genera que nada se preserve. La intención humana más racional es la de depredar el común (Hardin, 1968, p. 1244). No hay, por tanto, elemento más eficiente que una cerca. Si yo puedo excluir al otro de mi espacio, tengo la motivación de invertir en mi predio. A menos que le confíe la administración del bien al Estado, requiero de los derechos de propiedad privada. Requiero de propietarios individuales con los incentivos de explotación adecuados. Deben desaparecer los pastos comunes. Deben privatizarse también las pistas, los mares, la capa de ozono, la luna. Así tenemos actualmente autopistas urbanas con peaje, concesiones forestales y esquemas de bonos de carbono, programas de titulación individual masiva de posesiones informales, entre muchos otros ejemplos.

Pero tanto los ajustes económicos liberales de finales del siglo XX como la incorporación del análisis funcional del derecho en nuestro país son relativamente recientes. Nuestra normativa y sistema civil y de derechos reales no lo son. Sería inocente pensar que la configuración actual de la copropiedad, la marginalidad del común en la propiedad y la restricción a la creación de nuevas titularidades reales son fruto de las tendencias político-económicas de la segunda mitad del siglo XX. Por el contrario, un buen porcentaje de los artículos del libro V del Código Civil actual permanecen casi inalterados desde su inicial concepción en el movimiento de codificación del siglo XIX europeo. Pensemos nada más en el criterio que usa el Código Civil al aceptar que en terrenos que no estén cercados o sembrados un tercero pueda cazar, pescar o hasta buscar tesoros.

Esto se debe a que la verdadera reforma legal liberal en el mundo occidental se dio en el siglo XIX. Las reformas liberales de los años 1980 y 1990 son meros vaivenes políticos comparados con los cambios estructurales ocurridos en el siglo XIX europeo y americano. Desde un grupo de campesinos y comerciantes de Massachu-

setts, ofuscados por la imposición de más tributos, que se enfrentaron a los soldados profesionales ingleses en Lexington y Concord en 1775 para iniciar la guerra de Revolución americana hasta los intentos de reforma liberal en la península ibérica y las independencias de las excolonias españolas en las primeras décadas de los 1800, el siglo XIX empezó con un quiebre capital con respecto al antiguo régimen. Atrás quedaron estructuras colectivas como las corporaciones de los nobles o del clero. Atrás quedaron también la idea de los pueblos de indios y su deber colectivo de pagar un tributo indígena. Ahora todos eran ciudadanos, libres, iguales y, además, propietarios (al menos en el papel). En ello se encontraba la justificación de la proscripción de los *takings* en la Constitución de Estados Unidos y la formulación amplia de los poderes absolutos de la propiedad en el *Code Napoléon*.

Esa es la influencia que tuvo nuestro derecho privado al importar el derecho europeo en el siglo XIX. La independencia de nuestro país de España fue una cuestión menor en el derecho, pues no rompimos con las estructuras legales que venían de Europa. Por ejemplo, el caudillo Andrés de Santa Cruz, muy cercano de los representantes franceses en Sudamérica, trató de consolidar una confederación con un Código Civil basado enteramente en el *Code Napoléon* que, aunque pasajero en el Perú, tuvo un legado duradero en Bolivia (Sobrevilla, 2015, pp. 148,152). Fuerte influencia del Código francés y de sus tratadistas también tuvo el Código Civil de 1852 impulsado por Ramón Castilla y promulgado por José Rufino Echenique (Basadre, 1992, p. 151). En fin, se señala sobre dicho período que «el programa liberal estaba basado en las ideas del individualismo contractualista y pretendía proteger la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la Ley y la propiedad de los ciudadanos» (De Trazegnies, 2018, p. 67).

A las estructuras legales de ese esquema europeo es que se trató de reconducir la propiedad inmobiliaria en el joven país peruano. En las ciudades se desarrolló el proceso de progresiva eliminación de las vinculaciones, por ejemplo, respetando las capellanías vigentes, pero impidiendo la fundación de nuevas, prohibiendo la vinculación de bienes y afirmando la enajenabilidad de todos los derechos (Guzmán, 2001). Esto se trataba de una tendencia al individualismo que se contraponía al corporativismo y consolidación de la propiedad en el antiguo régimen, pues «[t]anto los mayorazgos como las capellanías laicales eran medios legales de conservar unida la fuente de riqueza familiar, evitando la división del patrimonio y la consiguiente pérdida de poder económico debido a la herencia» (De Trazegnies, 2018, p. 71).

Similar suerte tuvo la propiedad rural. La perspectiva individualista de la propiedad del momento era contraria a cualquier tipo de comunidad, fundación o asociación con carácter no lucrativo. Se atribuía a este tipo de formas de organización una baja productividad por la falta de competencia entre sus miembros. Se llegaron a aprobar en el siglo XIX sucesivas leyes que buscaban atomizar las tierras de las comunidades indígenas (De Trazegnies, 2018, pp. 72-73). No fue sino hasta la presidencia de Augusto Leguía que se llegó a reconocer la existencia legal de las comunidades indígenas en la Constitución de 1920 (Ramos, 2011, p. 375).

El liberalismo fue, pues, el discurso oficial respecto de la propiedad que el derecho tuvo en nuestro país bajo su influencia europeo continental desde el siglo XIX y que poco ha cambiado en cuanto a las estructuras de los códigos civiles. Esa

misma tendencia al individualismo seguirían los Códigos de 1936 y de 1984, más aún cuando en el siglo XX un referente que reforzó esta perspectiva fue el influyente Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900. Distintas tendencias filosóficas y políticas como la de la función social del derecho balancearon en algo el ultraindividualismo de la codificación decimonónica. Sin embargo, normalmente estas influencias se tradujeron en fórmulas como la de establecer que la propiedad se ejercía dentro de los límites de la ley (en el Código Civil de 1936) o la de que debía ejercerse en armonía con el interés social (en el Código Civil de 1984), pero nunca mediante cambios estructurales en la forma en que los derechos reales se encontraban regulados en el régimen civil. Basta con mirar el parecido de nuestro Código Civil actual con los dos códigos anteriores en materia de derechos reales.

Hoy en día, por tanto, un trámite como la adquisición formal de una propiedad es muy similar al esquema de los códigos del siglo XIX. Cuando uno compra, se identifica al propietario anterior, se estudian las cargas y gravámenes del bien, se genera una compraventa y tal vez un mutuo hipotecario, y se procede a inscribir en registros públicos el título del nuevo propietario. Solo después de este proceso el nuevo propietario entra a poseer. Quizá solo después de ello llegue el nuevo propietario a conocer algo más de sus vecinos o de su barrio. O quizá no los conozca nunca.

No obstante, ese que hemos descrito hasta ahora es el derecho formal, el que se encuentra en las leyes e instituciones. Bien ha repetido la frase Carlos Ramos de que si uno juzga al Perú por sus normas, uno pensaría que se encuentra en Suiza (Ramos, 2013). Y no estamos en Suiza.

#### 4. La propiedad y el común en el Perú

Conocer el Código Civil no es conocer el derecho civil. En nuestro sistema jurídico, la regulación de los vicios de la voluntad en el libro de acto jurídico tiene una muy marginal aplicación, pues o se trata de contratos de baja cuantía donde las partes asumen el riesgo de sus equivocaciones o solamente recurren a INDECOPI en caso de contratos de consumo, o se trata de contratos de alta cuantía en los que las partes siguen procedimientos de contratación moderna que excluyen la posibilidad de ir al Poder Judicial (León, 2019, p. 101). En otro de los libros del Código Civil, el de obligaciones, se establece que ante la inexecución de las prestaciones se requiere la constitución en mora para colocar en situación de incumplimiento al deudor. Sin embargo, casi no hay contrato comercial serio que no pacte la mora automática. Esto no es de sorprender si es que uno piensa en que cualquier persona se va a sentir en falta desde el momento en que llega el plazo en que tuvo que pagar y no pagó, aun cuando el Código Civil diga otra cosa. En otro ejemplo similar ya en el libro de reales, el derecho real de anticresis es una institución jurídica casi olvidada en la doctrina y muchas veces objeto de propuestas de derogación. Sin embargo, es uno de los instrumentos de financiamiento más comunes en las ciudades del sur del Perú, donde, por lo demás, la gente con frecuencia omite usar la formalidad *ad solemnitatem* de la escritura pública e igual cumplen con las obligaciones nacidas

de su acuerdo. En suma, el derecho formal se ve muy diferente en la realidad. El derecho real de propiedad no es la excepción.

Hoy en día, muchas personas y familias que adquieren una propiedad lo hacen de una manera muy diferente a la descrita en la sección precedente. No compran propiedad: compran posesión. No compran a un vendedor individual: compran a una asociación. No desconocen a sus futuros vecinos: los ven todas las semanas en reuniones. No concluyen la adquisición con el contrato: la comienzan con él. La mayor parte de la extensión territorial de la ciudad de Lima ha crecido y crece mediante posesiones informales donde las asociaciones de vivienda son los mecanismos por los que sus miembros llegan a la propiedad formal. Y este fenómeno no se da solo en Lima. La adquisición de propiedad en una buena parte de las ciudades peruanas es un proceso de adquisición, más que de la propiedad, de una membresía en un colectivo. Esta lógica la han ido fomentando y consolidando una serie de instituciones estatales que permiten la formalización de la propiedad informal y con ello han dado cabida a la dinámica de crecimiento de las ciudades propia del siglo XX peruano.

Apreciado el derecho desde este punto de vista, no podemos decir ya que es una simple importación de lógicas de vida europeas, ni tampoco correspondería dar central importancia a autores extranjeros que escriben desde geografías completamente distintas. Ellos probablemente nunca se han enfrentado a fenómenos migratorios tan titánicos como el que multiplicó la población de Lima por 10 en unas pocas décadas. Tampoco se han visto frente a fenómenos espontáneamente colectivos como las comunidades urbanas autogestionarias de Huaycán o de Villa El Salvador. Para bien o para mal, el común ha estado presente de muchas maneras en ese proceso de urbanización espontánea que ha caracterizado nuestro país. José Matos Mar (1986, pp. 82-83) lo describe así:

Las asociaciones y clubes que agrupan migrantes de aldeas, de pueblos y de ciudades serranas, han proliferado en Lima y llegan hoy día [1986] a casi seis mil, con afiliación muy variada, según el tamaño del pueblo de origen. Algunas, pequeñas, no son más que círculos de parentesco más o menos extenso, otras llegan, a veces, a superar el millar de miembros. Su constitución enfatiza intereses sociales, culturales, económicos, políticos, religiosos o deportivos. Pero en todas ellas hay algo en común: congregan y ofrecen al migrante, que de otro modo se vería aislado, una base de vida social y una capacidad institucional de representación frente a las autoridades, los partidos y, sobre todo, el Estado. Refuerzan la capacidad del nuevo limeño, para transferir el vínculo orgánico andino y defender su identidad cultural. El baile y la música forman parte integral del sistema cultural transferido y constituyen un núcleo importante de la nueva cultura adaptiva con que el migrante transforma la vida de Lima.

La organización colectiva trasciende la mera tenencia del suelo y también las propias instituciones jurídicas, pues ha llegado a representar una red de apoyo para grandes segmentos de la población urbana en nuestro país. Ciertamente es que el crecimiento de Lima sin una adecuada planificación ocasiona problemas críticos para la ciudad y que, especialmente en tiempos recientes, muchas asociaciones han sido



nada más que fachadas de actores en el tráfico ilegal de terrenos. Sin embargo, no se puede tapar con un dedo el hecho de que ante la falta de políticas de vivienda las comunidades de vecinos han sido la forma en que las personas han respondido por sí mismas a sus carencias económicas. Ese es un potencial que es crítico recoger en las políticas públicas del sector.

Como se ve, este fenómeno social ha llevado a algunos a considerar esas organizaciones sociales como reproducciones de la cultura andina en las asociaciones vecinales de los barrios periféricos de Lima. Pero tampoco sería acertado considerarlas como una mera restauración de los valores nativos o prehispánicos, como quizá se encuentra en versiones románticas del neoindigenismo o en versiones simplistas del pluralismo jurídico. Es interesante considerar estudios antropológicos más profundos que encuentran que las comunidades son una institución social que tiene asimismo orígenes en prácticas ibéricas de las cuales también hemos heredado. Esa es justamente la sorpresa que se llevó José María Arguedas (1987) al visitar ciudades y pueblos como Zamora y Bermillo de Sayago en Castilla y León, España, y compararlos con las comunidades que él conocía mejor en el valle del Mantaro.

Describe Arguedas (1987) sobre lo enraizada que está la idea del común en estos pueblos españoles:

El sayagués es avaro, el bermillano lo es quizá en mayor grado, pero, precisamente en Bermillo, ningún labrador concibe todavía que el común deje de ser alguna vez el común, a pesar de que esas tierras se empobrecen progresivamente por el sistema tan inconveniente de reparto a que aludimos. Aparentemente, la posesión de un lote por más de un año, hace surgir la perturbadora idea de que la tierra empieza a convertirse en propiedad individual, en tanto que disfrutándola solo un año e ignorando por entero qué parte del común ha de tocarle a cada vecino, la propiedad comunal aparece como mucho más sólidamente comunal, libre de ejercicio, inclusive de la iniciativa individual para enriquecer cualquier parcela, para diferenciarla artificialmente de las demás.

El valor del común se muestra tan engranado con esa costumbre local que la propiedad individual se excluye a toda costa. En el texto referenciado se describe cuánto la cultura de esos pueblos españoles valora el mantenimiento de un bien común aun a costa de la reducción en la productividad de esos terrenos. Así, se cuestiona con ello que las comunidades del Perú sean solo una reminiscencia de los *ayllus* andinos como algunas visiones románticas proponen (Cuadros, 2019, p. 17). Las comunidades parecen ser más bien una combinación de las culturas que nuestro país sintetiza.

En suma, hoy en día, y desde cientos de años atrás, los vecinos de las ciudades peruanas han usado estratégicamente las instituciones del derecho de propiedad importadas de Europa y las han transformado a su propia realidad. Sus operadores han sido ágiles en dominar las normas de contratación y las del derecho registral para permitir que el crecimiento urbano se dé a través de inmuebles con decenas o hasta cientos de copropietarios. Esos que compran «derechos y acciones» con un plano adjunto de su futura parcela independizada. En el Perú, como en todo país

pluricultural, el derecho en general y la propiedad en particular requieren la búsqueda de una mixtura, tal vez similar a la que parece haber surgido en los últimos años respecto de la gastronomía peruana.

¿Qué clase de mixtura sobre la propiedad se puede desarrollar? Pienso que en un país como el nuestro es perfectamente válida la idea estudiada en otros contextos del común o *the commons*. El postulado básico de este concepto es que la realidad cotidianamente desmiente la aserción de que la existencia de recursos en común provoca automáticamente su sobreexplotación. Abundan los ejemplos en que, sin necesidad de intervención estatal o de derechos de propiedad privada, el autogobierno de los colectivos consigue resultados exitosos en el manejo de los bienes. Ya sea en la producción de madera en Suiza, en la administración de tierras en montañas de Japón, en los sistemas de irrigación en Filipinas o en el manejo de las huertas en España, es más bien una decisión muy natural de los humanos encontrar formas de cooperar en la utilización de bienes de uso común (Ostrom, 1990, pp. 58-60). Me parece que la forma de habitar en las ciudades de nuestro país es también un perfecto ejemplo de este concepto.

El proceso de urbanización acelerada en Latinoamérica y en el Perú en el siglo XX hizo que estas manifestaciones colectivas empiecen a permear la vida urbana, como hemos descrito *supra*. Ello permite comprender la naturalidad con que entendemos las acciones de las personas durante la cuarentena que ejemplificamos en la primera sección de este artículo. Es cierto: hay quienes han aprovechado para especular en el precio de las medicinas o de las mascarillas y quienes, con base en una decisión individualista, se han empeñado en salir a correr a la calle o llamado irresponsablemente a las líneas de emergencia. Sin embargo, han sido muchos los casos en los que los vecinos de un edificio, los propietarios de una cuadra, los miembros de una asociación de vivienda, los integrantes de comunidades campesinas han cooperado entre ellos.

Por lo demás, el reconocimiento del valor de la comunidad en el desenvolvimiento de la vida urbana no implica solamente una figura jurídica, sino generar espacio para una entidad política. Mientras que en la concepción moderna de ciudadanía la unidad fundamental era el individuo en su posición contrapuesta con el Estado, la sociología urbana actual reconoce la importancia de entidades políticas intermedias que canalizan los reclamos de los ciudadanos en su afán por formar parte de su barrio, su ciudad y su nación (Davis & Fernández, 2019). En esa línea se encuentra también el concepto del derecho a la ciudad nacido en el seno de las ciencias sociales, pero que ya se ha ido recogiendo legislativamente en los últimos años en países como Brasil, México y Ecuador (Lefevre, 1978). La idea de que el derecho de propiedad privada es insuficiente para garantizar la vida digna de las personas en las ciudades y que se requieren aspectos como el acceso a los servicios públicos, una vivienda adecuada y espacios públicos es un campo en el que la participación de las comunidades es crítica. Hoy los colectivos son los primeros espacios de cooperación ante la pandemia del COVID-19, pero en el pasado lo han sido para la respuesta a las inundaciones por el Fenómeno El Niño y más adelante lo serán para los siguientes problemas que se presenten.



## 5. Ejemplo: los programas de titulación

Aunque las reflexiones que hemos presentado tienden hacia un estructural cambio del paradigma individualista en el tratamiento del derecho de propiedad, vamos a referirnos a un ejemplo concreto en el que se puede traducir la propuesta. Una de las grandes oportunidades perdidas de la política pública en materia urbana son los programas de titulación masiva que en el Perú tienen a COFOPRI como su institución más representativa.

Antes del momento del otorgamiento de los títulos de propiedad, la organización colectiva suele tener gran fortaleza como espacio de cohesión de los miembros de un barrio en las zonas en consolidación de las ciudades. Por ejemplo, estas organizaciones han sido los vehículos a través de los cuales las personas han negociado su reubicación de una zona de la ciudad a otra que una municipalidad les ha aceptado ceder. Han sido los representantes de los vecinos en la gestión de la instalación del tendido eléctrico. Son los que trabajan en la elaboración de proyectos de acceso a agua y desagüe para su propuesta a las empresas de suministro de agua (Ramírez-Corzo & Riofrío, 2006, p. 44). Son este tipo de organizaciones las que antes mencionamos que han coordinado las acciones de prevención frente al COVID-19 mediante rondas nocturnas, así como mediante la compra y preparación de alimentos en ollas comunes.

No obstante, cuando se produce la titulación de la propiedad de manera individual por parte del Estado, estos valiosos espacios colectivos muchas veces se diluyen. Así, además de los distintos problemas que los investigadores encuentran en este tipo de programas —como, por ejemplo, el clientelismo y la casi inmediata desactualización de los títulos registrados que se produce con los títulos otorgados—, los ahora propietarios empiezan a ‘bailar con su propio pañuelo’ (Calderón, 2019, p. 53). La consecuencia es el debilitamiento de las organizaciones que, por lo general, todavía podrían servir a varios fines vecinales como la construcción de veredas y escaleras, la seguridad ciudadana, la respuesta ante situaciones de desastre o la mera fraternidad para eventos deportivos y de esparcimiento.

El asunto ha sido estudiado con más detalle por científicos sociales más que por abogados. Daniel Ramírez-Corzo y Gustavo Riofrío (2006, pp. 43-44) citan las complicaciones generadas con la titulación para un conjunto de barrios en la ciudad entre los cuales se encuentra el barrio Rafael Chacón en Villa María del Triunfo. Ya que la titulación no se suele hacer de todas las propiedades, porque algunas zonas están categorizadas como zonas de reserva, porque algunas zonas no estaban previstas previamente como de vivienda o porque algunas zonas se encuentran simplemente fuera del mapa que los funcionarios de COFOPRI manejan, la asociación de vecinos termina quebrada en dos. Los propietarios titulados empiezan a tratar su propiedad desde la lógica individual de las normas formales y, en ejercicio de su derecho, incluso optan por irse a vivir a otro lugar, pues el título de propiedad les da la seguridad de no tener que mantenerse en posesión para conservar su inmueble. El interés a veces especulativo de esos nuevos propietarios contrasta con la situación precaria de los que no han sido titulados, más aún cuando aquellos se verán beneficiados

con las externalidades positivas en sus inmuebles de las obras que los vecinos que se quedan hagan o consigan del Estado.

Desde esa perspectiva, es una oportunidad perdida la de dejar ir a esos colectivos que tanto han resaltado durante la pandemia. Esto es más grave en un país como el nuestro, en el que las funciones estatales se encuentran tan limitadas y existe tanta distancia entre la persona individual y el Estado. Pero hay formas de responder creativamente a esto. Y hay un espacio grande para los mecanismos legales en el diseño de las políticas públicas respecto del suelo. Por ejemplo, en otros países de Latinoamérica se viene trabajando en la introducción de los denominados «fideicomisos comunitarios de tierra» (*community land trust*) que buscan no solo preservar la accesibilidad a vivienda asequible, sino también generar la participación de los colectivos en la gestión del suelo en las ciudades. Estos son básicamente una combinación de un contrato de fideicomiso respecto del suelo que mantiene el gobierno de la zona en la comunidad y derechos reales de superficie sobre las viviendas para las familias individuales (Davis & Fernández, 2019).

En nuestro país existen los mecanismos legales para implementar propuestas como los fideicomisos comunitarios de tierra, pues tenemos regulados el fideicomiso, el derecho real de superficie y hasta en la Constitución, aunque tímidamente, se reconoce la propiedad en forma privada o comunal. Los reglamentos y procedimientos destinados a estos fines deberían quizá recoger como referencia la regulación que desarrolló el sucinto Código Civil en materias como la propiedad horizontal y las otras modalidades de la propiedad. Naturalmente, estas regulaciones deberán tratar de ser menos burocráticas y más ágiles para responder adecuadamente a un sector tan dinámico como el crecimiento de las ciudades. Es el pensamiento legal el llamado a delimitar de qué manera la titulación individual podría vincularse con mecanismos asociativos que posibiliten mantener las organizaciones vecinales en las zonas tituladas y excluyan los intereses especulativos. No será un arquitecto ni un economista el que pueda formular correctamente este tipo de políticas públicas. Será un abogado.

En fin, como señala Ciro Alegría Varona (2015, p. 151), en momentos tan difíciles como el presente tenemos la oportunidad de preguntarnos «[...] cómo orientarnos a partir de la *crisis*, cómo convertir el conocimiento de la crisis en fuente de actividad *crítica* y cómo hallar el principio de esta actividad, el *criterio*».

## 6. Conclusiones

En este texto se identifica la forma en que las actitudes espontáneas de las personas ante la crisis del COVID-19 y el consiguiente aislamiento físico muestran altos niveles de cooperación, ya sea al interior de un edificio o a través de organizaciones vecinales en las zonas menos consolidadas de las ciudades, prácticas que englobamos bajo la referencia a «el común». Frente a ello, se formula la pregunta de hasta qué punto las instituciones que rigen el ejercicio del derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico recogen este tipo de manifestaciones.

De un examen de la normativa de los derechos reales en nuestro país y, en particular, del tratamiento del derecho real de propiedad, concluimos que dichas prácticas se encuentran manifiestamente excluidas al menos en la formalidad de las normas jurídicas. Se describe que esta opción legislativa no proviene de los vaivenes políticos de la historia reciente de nuestro país, sino que más bien se encuentra enraizada en la codificación civil liberal desarrollada en la Europa decimonónica y reproducida bajo esos mismos valores en países latinoamericanos como el Perú.

Posteriormente, se equilibra el análisis del derecho formal con la mirada al desenvolvimiento de las normas en la realidad. En particular, se describe la forma en que el crecimiento informal de las ciudades peruanas desborda y reconfigura el derecho oficial para dar como resultado prácticas jurídicas que decididamente recogen la cercanía de los ciudadanos peruanos con el común.

Desde esa perspectiva, se cuestiona la utilización de programas que se empeñan en promover la titulación de la propiedad de manera individual. En reemplazo, se propone recoger en el derecho y en las políticas públicas el valor de las organizaciones vecinales tanto para el ejercicio del derecho de propiedad como para la canalización de reclamos ante un Estado al que le cuesta garantizar los mínimos de vida digna a sus ciudadanos.

## Referencias

Alegría Varona, C. (2015). La crisis como antinomia histórica: sobre la revelación de la verdad. En M. Giusti Hundskopf et al. (Ed.), *La verdad nos hace libres. Sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Arguedas Altamirano, J. (1987). *Las comunidades de España y del Perú*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana.

Basadre Ayulo, J. (1992). Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El código civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (17), pp. 147-156.

Cacciavillani, P. (2019). De comuneros a poseedores: reflexiones en torno a la construcción de la propiedad privada en la comunidad indígena de Soto a finales del siglo XIX. *Derecho PUCP*, 82, pp. 121-148.

Calderón Cockburn, J. (2019). El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *Pluriversidad*, 3, pp. 45-64.

Cuadros Sánchez, H. (2019). *Cambios en la tenencia y el uso de la tierra en comunidades campesinas, en el contexto de procesos de urbanización y saneamiento rural: el caso de la comunidad campesina de Orcotuna*. Tesis para optar el grado académico de magíster en Antropología por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Davis, D., & Fernández Salas, J. (2019). Collective property rights and social citizenship: recent trends in urban Latin America. *Social Policy and Society*. Cambridge University Press.

- De Soto Polar, H. (24 de marzo de 2020). El potencial positivo del coronavirus. *Diario Gestión*.
- De Trazegnies Granda, F. (2018). *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. (3.<sup>a</sup> ed.). Lima: Grijley.
- Guzmán Brito, A. (2001). El tradicionalismo del Código Civil Peruano 1852. *Revista de Estudios Jurídico-Históricos*, 23.
- Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science*, vol. 162, pp. 1243-1248.
- Herzog, T. (2015). *Frontiers of possession. Spain and Portugal in Europe and the Americas*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hidalgo, D. (22 de mayo de 2018). Los papeles de la tierra: la interminable crisis de la titulación en el Perú. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/705/los-papeles-de-la-tierra-la-interminable-crisis-de-la-titulacion-en-el-peru> (consultado el 20 de mayo de 2020).
- Instituto de Defensa Legal. (2017). *Seguridad ciudadana. Informe anual 2017. Retrocesos y avances en las políticas nacionales y locales de seguridad: diagnóstico y evaluación*. Lima: IDL.
- Lefevre, H. (1978). *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península.
- León Hilario, L. (2019). *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Matos Mar, J. (1986). *Desborde popular y crisis del Estado. El nuevo rostro del Perú en la década de 1980*. (3.<sup>a</sup> ed.). Lima: Institutos de Estudios Peruanos.
- Ostrom, E. (1990). *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*. New York: Cambridge University Press.
- Programa Urbano Desco. (2020). Vecinos realizan ronda en toque de queda en Virgen de la Candelaria. Villa María del Triunfo. <https://web.facebook.com/programaurbanodesco/photos/a.1030802646934251/3367353793279113/?type=3&theater> (consultado el 20 de mayo de 2020).
- Ramírez-Corzo Nicolini, D., & Riofrío Benavides, G. (2006). *Estudios urbanos. Formalización de la propiedad y mejoramiento de barrios: bien legal, bien marginal*. Lima: Desco.
- Ramos Núñez, C. (2011). *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo VII. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ramos Núñez, C. (2013). *Derecho, tiempo e historia. Discursos académicos*. Lima: Legisprudencia.
- Sobrevilla Perea, N. (2015). *Andrés de Santa Cruz, caudillo de los Andes*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

# **DERECHO CONSTITUCIONAL**



# **El constitucionalismo de emergencia ante la pandemia del coronavirus**

*César Landa*

Pontificia Universidad Católica del Perú





## **1. Introducción**

La pandemia del coronavirus (Covid-19) descubierta en la ciudad de Wuhán (China) en diciembre de 2019 ha tenido un desarrollo exponencial con sorprendentes efectos letales, debido a su veloz expansión por diversos países de Asia, Europa, América del Norte, América Latina, Oceanía, África y no contar con una vacuna. Ha dejado hasta el momento en el mundo alrededor de 5 millones de infectados y más de 300 mil muertos en menos de cuatro meses. El impacto tanto en los sistemas de salud, como en el ámbito de la economía, el empleo y la educación, básicamente, ha dado lugar a distintas respuestas gubernamentales con matices entre la priorización de la salud pública y la protección del mercado y las inversiones.

Pero desde un extremo a otro de las respuestas gubernamentales existe un objetivo mundial en común: derrotar al coronavirus para volver al estado de normalidad anterior, que para los olvidados del planeta, que son los más afectados por el coronavirus, no sería lo natural. Por ello, desde una lógica universal de sobrevivencia de la especie humana, se requiere entender el problema del coronavirus en un contexto mayor, propio de los tiempos de grandes cambios que se han producido en la historia de la humanidad, que en la actualidad son regulares y permanentes, al punto que se vive en una sociedad del riesgo (Beck, 2015, pp. 52-54).

En ese entendido, la humanidad se encuentra ante un desastre mundial en la medida en que la pandemia del coronavirus ha alterado de forma grave la vida de la sociedad, el Estado y la economía como consecuencia de la acción o inacción humana, que supera la capacidad de respuesta incluso de los Estados ricos del hemisferio norte. Este desastre sanitario se debe asimilar a los desastres naturales, ambientales e industriales, por su alto costo para los derechos de las personas, las familias, empresas e instituciones públicas, pero sobre todo para los más vulnerables.

Ello demanda afrontar los nuevos desafíos universales en clave global y nacional, mediante la reforma de las bases del actual Estado y su derecho constitucional e internacional, que en este trabajo se perfila desde una perspectiva global, para

luego presentar la respuesta gubernamental del Estado peruano al coronavirus, y, finalmente, exponer algunas ideas sobre la necesidad de una reforma constitucional para la incorporación de un estado de emergencia sanitario.

## **2. El constitucionalismo global frente a los desastres<sup>1</sup>**

A finales del siglo XVIII, el actual modelo de Estado constitucional se fundó sobre supuestos históricos liberales universales, consensuados sobre la base de pactos sociales y políticos nacionales, que fueron consagrados en Constituciones estatales. Sin embargo, la utopía universal de un orden de valores basados en la persona humana y el control del poder inicialmente se vio desfasada de las realidades nacionales durante el siglo XIX, con la aparición de la llamada «cuestión social», que dio lugar en el mundo a la aparición del constitucionalismo económico y social, a comienzos del siglo XX, que se desarrolló en la forma del Estado de bienestar hasta finales del siglo pasado.

Sin embargo, con el advenimiento del Estado neoliberal entrado el siglo XXI, el Estado constitucional aún no es capaz de enfrentar los nuevos desafíos globales del cambio climático y de las pandemias como el actual coronavirus (Covid-19), que desde que apareció hace cuatro meses y se extendió por todos los continentes ha paralizado a los Estados y viene sacudiendo las bases socioeconómicas y jurídico-políticas tanto de los Estados ricos del hemisferio norte como de los Estados pobres del hemisferio sur.

Lo dicho pone en evidencia la necesidad de repensar el Estado constitucional sobre nuevas bases históricas al largo plazo. Así, el primer cambio de paradigma del Estado constitucional es que no solo estamos viviendo una situación temporal de anormalidad constitucional, que constituye una excepción al orden constitucional, sino que la crisis se ha convertido en una forma de vida de las sociedades a nivel local e internacional. Y los Estados, en tanto garantes del interés general, no se encuentran concebidos ni preparados para afrontar estas nuevas situaciones. Es cierto que el clásico Estado de derecho concibió regímenes de excepción, pero solo para las graves alteraciones del orden interno, la paz internacional y, apenas, las catástrofes, con una concepción belicista.

Sin embargo, la humanidad soporta regularmente fenómenos como los terremotos, las heladas, los incendios forestales, las erupciones volcánicas y eventuales maremotos; los accidentes ambientales provenientes de los derrames de petróleo, la contaminación minera de la tierra, el aire y los ríos; la contaminación pesquera del mar, la tala ilegal de bosques, la depredación de especies (World Economic Forum 2019);<sup>2</sup> los 272 millones de migrantes internacionales en los hemisferios norte y sur del planeta (Oficina Internacional de Migración, 2020); así como la aparición de

---

1 Este acápite está basado en uno publicado en: <https://www.enfoquederecho.com/author/landa/>

2 En la reunión anual del Foro Económico Mundial del año 2019 se destacó que tres de los cinco riesgos mundiales más probables para ese año eran el clima extremo ambiental, los desastres naturales y la incapacidad de mitigar el cambio climático.

nuevas pandemias, la expansión de nuevas enfermedades y/o la reaparición de algunas que habían sido extinguidas (Organización Mundial de la Salud, 2019) —entre otros males, como las permanentes guerras y conflictos locales—. Todo ello pone en evidencia que vivimos en una sociedad en permanente crisis que ni el Estado, la sociedad, la economía, la tecnología y la política convencional se encuentran preparados para prevenir, controlar y superar.

La expansión universal de dichos desafíos no ha podido ser resuelta por los estrechos marcos del Estado nacional, ni del derecho internacional (público, de derechos humanos e incluso humanitario), por cuanto se han fundado en una noción limitada de la soberanía estatal. De ahí que los estados de excepción del constitucionalismo no hayan sido suficientes, o solo estén desnudando las debilidades del Estado constitucional que, con una visión local de sus líderes, muchas veces arbitrarias y discriminatorias, no han podido prevenir los graves daños ni garantizar el bienestar general de las víctimas y sobrevivientes. Precisamente en períodos de graves crisis, los más afectados son las poblaciones más vulnerables, debido a su pobreza, o porque son discriminados incluso en épocas de emergencia por ser refugiados, por género, edad, raza o cualquier otra desventaja.

Por eso, los mencionados riesgos locales —que también son mundiales— deben llevarnos a concebir un nuevo derecho constitucional mundial, que sobrepase la soberanía de los Estados, orientados a revertir dichos desafíos universales; pero sobre nuevas bases de un pacto mundial y local que requiere partir de una idea de solidaridad internacional y nacional —ya no del individualismo, ni de la soberanía estatal absoluta—, en la que la finalidad sea el bien común o bienestar general como fundamento de la felicidad humana, sin sacrificar las libertades políticas. Para ello, la economía debe estar al servicio de las personas y no de las empresas y los gobiernos. En este entendido, los Estados deben ceder soberanamente competencias a instituciones internacionales que asuman responsabilidades ejecutivas en la solución de los problemas locales que son universales.

Pero la gobernanza constitucional mundial requiere no solo garantizar los viejos y nuevos derechos fundamentales universales, sino también financiarlos global y localmente. En ese entendido, existen suficientes recursos económicos, y no solo en los países industrializados, como para contar más allá de la filantropía de los multimillonarios, como para integrar un sistema internacional contributivo de una nueva agenda internacional. Se trata de prevenir y combatir los desafíos contemporáneos que atraviesan los Estados constitucionales, con el fin de proteger a los más vulnerables, pues «son apenas 26 los multimillonarios que poseen más dinero que los 3.800 millones de personas más pobres del planeta» (Sierra, 2019).

El ciudadano del siglo XXI goza de una ciudadanía cosmopolita que contribuye con su producción al actual orden mundial desde sus localidades, frente al cual es necesario sentar las bases de una redistribución de las cargas públicas mundiales, porque terremotos, maremotos, contaminación ambiental, pandemias como el coronavirus, que viene diezmando a la humanidad, no conocen de fronteras, soberanías de los Estados, como tampoco diferencian a los líderes locales y mundiales de los simples ciudadanos, ni a los dueños del mundo de los parias de la Tierra.

Por ello, desde una perspectiva global resulta necesario analizar la reacción del Estado constitucional en el Perú ante la pandemia del coronavirus, debido a que es una radiografía del estado de los derechos fundamentales básicos.

### **3. El Estado constitucional frente al coronavirus en el Perú**

Desde el 6 de marzo, cuando se tuvo conocimiento público en el Perú del «paciente cero» infectado con el coronavirus, proveniente de Europa, el Gobierno del Perú estableció la emergencia sanitaria, a los pocos días que la Organización Mundial de la Salud declarara oficialmente al Covid-19 como una pandemia por su expansión mundial. Las siguientes medidas gubernamentales fueron la suspensión del reinicio de las clases escolares y universitarias, la prohibición de reuniones de más de 300 personas y la cuarentena para todas las personas que arribaran de los países de Asia y Europa con focos epidémicos.

Así mismo, ante el incremento exponencial de pacientes con los síntomas del Covid-19, el 15 de marzo, por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el Gobierno declaró por 15 días el estado de emergencia en todo el país por catástrofe sanitaria, suspendiendo los derechos a la libertad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio y derecho de reunión, de conformidad con el artículo 137-1 de la Constitución. Este se ha ido extendiendo sucesivamente; la cuarta vez ha sido hasta el 24 de mayo, en la medida en que a la fecha aún no existe una vacuna y no se ha logrado contener la expansión del coronavirus.

Dichas medidas iniciales llevaron a que desde el 19 de marzo se cerraran las fronteras —aéreas, terrestres y marítimas— y el tránsito interprovincial, con lo cual el aislamiento social se inició raudamente aunque de forma relativa. Por ese motivo, dos días después se declaró el «toque de queda» hasta la fecha; esto es, la prohibición de circular por las vías públicas entre las 8:00 p. m. y 5:00 a. m. —horarios que se han ido modificando, por regiones también—, salvo para aquellas personas y actividades esenciales para la contención de la expansión del Covid-19. Desde entonces, la vida cotidiana del país se ha transformado radicalmente: el ejercicio de nuestros derechos no solo de libertad personal, sino también los sociales, se ha visto limitado y restringido por la decisión de las autoridades, así como por la acción de las fuerzas policiales y militares, como se analiza a continuación.

1. Derechos de libertad. La disposición del aislamiento domiciliario y la prohibición de la libertad de tránsito durante el «toque de queda» ha llevado a las fuerzas del orden a realizar advertencias y conminar al retorno a su domicilio a los paseantes, disponer el trabajo comunitario de los infractores, el castigo corporal dictado por algunas rondas campesinas del norte, así como la detención policial de más de 51 mil infractores —durante el primer mes de cuarentena—. Esto ha puesto en evidencia dos cosas: por un lado, el desacato de miles de ciudadanos que infringen las normas de aislamiento social necesario para romper la cadena de contagios, autojustificados la mayoría por necesidad de trabajar en las calles, dada su actividad informal de sobrevivencia; y, por otro lado, la facilidad con que

las fuerzas de seguridad llevan a cabo las intervenciones, detenciones y allanamientos domiciliarios, que en algunos casos se han realizado con el uso arbitrario y/o desproporcionado de la fuerza.

Si bien los retenidos para su identificación y/o detenidos por 24 horas recobran su libertad, ahora se han añadido multas que van desde 86 a 430 soles; no obstante, resulta dramática la reacción de la población que, frente al recorte de la libertad de tránsito, ha convertido la compra de alimentos en la forma de escape del cumplimiento del aislamiento social, generando potentes focos de transmisión del coronavirus en muchos mercados populares del país apenas controlables. Así mismo, no siempre se han utilizado bien los permisos para ir a trabajar y circular en los vehículos privados o de transporte público, lo cual ha dado lugar a multas policiales, alimentando el desconcierto y el desorden social.

A esta situación se suma el caso de 28 mil peruanos que se encontraban varados en distintos países, debido a la cancelación de sus vuelos con la declaratoria de la emergencia nacional y el cierre de las fronteras, lo que ha llevado al gobierno a coordinar con las respectivas cancillerías «vuelos de Estado» para el intercambio de repatriados, permitiendo así el retorno de más de 13 mil peruanos del exterior, en ejercicio de su libertad de tránsito y residencia en nuestro país, pero sometidos a cuarentena al llegar a la capital en hoteles por cuenta del Estado.

En el mismo sentido, miles de personas y familias que se encontraban en Lima procedentes del interior del país, ante las prórrogas sucesivas del estado de emergencia, y al no contar con más recursos económicos ni poder trabajar para solventar su estadía, han iniciado marchas de retorno a sus lugares de origen, generando también focos de transmisión de la pandemia. Ante ello, el Poder Ejecutivo ha organizado con los gobiernos regionales el registro de más de 20 mil personas y el traslado humanitario de más de 2500, previos controles del coronavirus a la salida de Lima y a la entrada a las ciudades del interior del país, donde no siempre han sido bien recibidos.

2. Derechos sociales. Los derechos afectados por la pandemia son, de manera directa, el derecho fundamental a la salud, debido a que las dimensiones exponenciales del contagio del Covid-19 demandan un sistema de salud público que el Perú no tiene históricamente, como se pone de manifiesto en que el Estado solo gasta un 3,3 % del producto bruto interno en salud. No obstante, ha habido esfuerzos gubernamentales por inyectar en el presupuesto público vigente fondos extraordinarios para la mejora, ampliación y reforzamiento de los hospitales, o la compra de millones de pruebas del Covid-19, o la contratación de personal sanitario, para evitar que sus efectos sean más letales. Sin embargo, esto no ha sido suficiente frente a la falta de solidaridad de unos y la imposibilidad de otros para no ser infectados ni ser sujetos de transmisión del coronavirus.

Si bien los derechos fundamentales restringidos en la declaratoria del estado de emergencia son los derechos a la libertad y seguridad personal, la libertad de tránsito, la inviolabilidad de domicilio y el derecho de reunión, con el fin de detener la propagación del coronavirus, en la práctica dichas limitaciones por conexidad han incidido negativamente en el ejercicio de otros derechos fundamentales

como los derechos sociales, que en épocas de crisis deben ser tutelados para los grupos vulnerables (Bilchiz, 2017, p. 15).

Así, de manera indirecta el derecho al trabajo se ha visto reducido a las actividades productivas y de servicios en la cadena de abastecimiento necesaria para que el país no se paralice, ni la población se vea desabastecida o desprotegida. Se ha llegado incluso a establecer la suspensión perfecta del vínculo laboral que las empresas han solicitado para más de 200 mil trabajadores, lo cual ha generado abusos de empleadores que la autoridad de trabajo se encuentra controlando y en algunos casos clausurando actividades no permitidas, dado que el teletrabajo, de ser posible, debe ser implementado.

En el caso de los trabajadores informales o emprendedores, para que no constituyan un mayor foco de infección, dada su movilidad y concentración ambulatoria, el gobierno ha ido aprobando y otorgando cuatro bonos de 110 dólares aproximadamente para subsistir en el estado de emergencia: «Bono yo me quedo en casa» para personas en pobreza, «Bono independiente» para los informales, «Bono rural» para los campesinos, y «Bono familiar universal» para quienes no hayan recibido los bonos anteriores. No obstante, el sistema público no cuenta con un sistema de registro universal de estas poblaciones vulnerables ni de gestión eficiente, al punto que solo se ha podido ejecutar alrededor de un 75 % de lo presupuestado.

El derecho a la educación también ha sido suspendido de forma presencial en todos los niveles y modalidades, lo cual ha obligado a preparar el inicio de un sistema de educación a distancia a nivel escolar, mediante el apoyo de los medios de comunicación del Estado y, por una hora al día, de la televisión privada. Pero hay más de 37 mil escolares que no cuentan con dichos medios, lo cual no ha sido óbice para que en las escuelas privadas de pago el Gobierno haya dispuesto la posibilidad de modificar las pensiones escolares, dada la reducción de gastos en la educación virtual. Esta es ofrecida también por las universidades públicas a sus alumnos, mientras que las universidades privadas vienen brindando solo facilidades de pago, mientras dure el estado de emergencia.

Así, pues, se puede señalar que si bien en estado de emergencia por catástrofe sanitaria pueden limitarse las libertades y los derechos conexos, estos no pueden ser anulados ni, mucho menos, abusados, dado que toda aplicación restrictiva de libertades y derechos, para ser constitucionales, deben tener un fundamento normativo, con una finalidad legítima; además, deben ser medidas necesarias, de no haber una de menor afectación para lograr el objetivo que persigue, y ser estrictamente proporcionales en su intensidad, en el grupo humano a impactar y en el tiempo que dure.

De lo contrario, frente a la violación y/o afectación desproporcionada de dichos derechos y libertades de la ciudadanía, en casos de estados de emergencia son el hábeas corpus y la acción de amparo, a efectos de que el juez constitucional se pronuncie sobre cualquier acto lesivo, mas no sobre los motivos de la declaratoria del recorte de las libertades y derechos, señala el artículo 200 *in fine* de la Constitución.

Ciertamente, el nuevo Congreso, elegido el 26 de enero e instalado el 16 de marzo, tiene la potestad democrática de realizar el control político que considere oportuno y necesario. Pero es el manejo democrático constitucional eficiente de la

crisis sanitaria y el esfuerzo colectivo de la ciudadanía consciente de sus derechos y los de los demás lo que puede permitir el retorno escalonado aprobado por el Gobierno de todas las libertades y derechos actualmente recortados, en la medida en que no hay libertad ni bienestar individual si este no es colectivo.

Sin perjuicio de ello, queda claramente establecido que el retorno pleno de los derechos y libertades no puede ser al estado de cosas previas a la emergencia sanitaria, que demuestra fallas estructurales no solo del sistema de salud que hacen muy difícil afrontar con éxito la expansión de la pandemia y las consecuencias letales tanto para la vida como para la salud de las personas, sino además a los derechos y libertad sociales, económicas y políticas conexos. De ahí que no sea una utopía repensar de forma urgente la reforma estructural de nuestro Estado constitucional para atender las emergencias sanitarias, por ser necesario y, además, posible.

#### **4. Reforma constitucional ante la emergencia sanitaria**

El Perú experimenta cada cierto tiempo crisis humanitarias por las pandemias de origen internacional o nacional, como el cólera que entre los años 1991 y 1995 dejó 4835 muertos (Mujica, 2011); en los últimos años (2014-2019) la enfermedad viral del dengue provocó 275 muertos, mientras que su rebrote entre enero y febrero de 2020 arrojó 10 228 contagiados. De ahí que el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud, ante la amenaza del dengue, la malaria, el zika, la chikungunya y otras arbovirosis, emita preventivamente «alertas epidemiológicas» (Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres del MINSA, 2020). Ello pone en evidencia que hemos vivido y seguimos viviendo en una sociedad en permanente riesgo sanitario (Cassalino, 2017).

Antiguamente, las pandemias, como las catástrofes, fueron asumidas como eventos irresistibles, por lo imprevisible y ajenas a la voluntad humana, provenientes de la cólera divina (Descamps, 1972, pp. 376-377); pero modernamente se considera que las pandemias en principio son producto, por un lado, del descuido humano —debido a la falta de una cultura de la salud preventiva y a la pobreza—, y, por otro lado, de la escasa prioridad presupuestal que otorga el Estado a la infraestructura y servicios de salud —actualmente es del 3,3 % del producto bruto interno—, no en cuanto a realizar alertas sino a brindar los medios materiales necesarios para asegurar una salud pública preventiva antes que restauradora.

Con el crecimiento económico sostenido desde la transición democrática del año 2000, el Estado constitucional tiene las condiciones y el deber de prevenir, combatir y mitigar las pandemias, si se contara con un sistema constitucional y presupuestal integral y especial que sienta las bases de la política de salud y la planificación administrativa del sistema hospitalario público y privado, así como con los equipos médicos, técnicos y auxiliares de la salud, con los recursos, equipos y medicinas necesarias para afrontar las pandemias.

En efecto, la actual Constitución dispone que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de con-



tribuir a su promoción y defensa (artículo 7); en consecuencia, el Estado determina la política nacional de salud, el Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación, y es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar el acceso equitativo de todas las personas a los servicios de salud (artículo 9).

Así mismo, la Constitución dispone que son deberes especiales del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, garantizar los derechos humanos y promover el bienestar general, entre otros (artículo 44). Además, cuando lo requiera el interés nacional, el Presidente de la República puede dictar decretos de urgencia en materia económica y financiera (artículo 118-9), y declarar el estado de emergencia en caso de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación, en cuyo caso se pueden restringir o suspender la libertad personal, el libre tránsito, el derecho de reunión y la inviolabilidad del domicilio (artículo 137-1).

Sin embargo, dichas provisiones constitucionales han sido y son insuficientes e incompletas para atender las endemias regulares y las pandemias que nos azotan, antes la del cólera y ahora del coronavirus, aunque no solo al Perú. Esto nos lleva a pensar que debería existir entre los estados de excepción uno específico para declarar la emergencia sanitaria; así la respuesta de las instituciones públicas y privadas tendría una mayor fuerza normativa y cobertura presupuestal y administrativa para atender oportunamente los derechos fundamentales de las poblaciones afectadas, en particular los de las más vulnerables (Gonzales, 2015, p. 35).

En efecto, el actual sistema constitucional de los estados de excepción incluye la causal de catástrofe, pero no ha tenido un desarrollo legal ni práctico, por cuanto se reduce a buscar asegurar el orden público limitando algunas libertades civiles ciudadanas —libertad personal, libertad de tránsito, derecho de reunión e inviolabilidad de domicilio— y, por conexidad, afecta otros derechos sociales no restringidos —trabajo, educación— y libertades económicas —empresa, contratación—.

Sin embargo, en el caso de las pandemias o endemias epidemiológicas el estado de emergencia no habilita a dictar normas de emergencia, como decretos de urgencia, que atiendan a las poblaciones afectadas en sus derechos de bienestar; esto es, asegurar el fortalecimiento de los servicios públicos de salud, la movilización del personal sanitario a los focos de infección, la adquisición y distribución de bienes para la subsistencia de las poblaciones vulnerables en aislamiento social debido a la emergencia sanitaria, la cooperación necesaria de las clínicas privadas, la amplia solidaridad de los medios de comunicación para una adecuada información sobre la pandemia respetando la intimidad de las personas y de la población contagiada o víctima de ella, entre otras medidas urgentes y transitorias.

La implementación de un nuevo sistema constitucional de las emergencias por catástrofe sanitaria en general, y epidemiológica en particular, debería contar con la declaración de dicho estado de excepción desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo, con la decisión del Presidente y su Consejo de Ministros, lo cual los habilitaría para expedir decretos de urgencia no solo en materia económica y financiera, cuando lo requiere el interés nacional, sino también para dictar decretos de urgencia en materia sanitaria y socioeconómica, de acuerdo con la necesidad o interés regional y no solo nacional.



Ello sería así, sobre todo, por cuanto algunas regiones son las más afectadas en función de la naturaleza de la epidemia o pandemia; por ejemplo, el dengue, la malaria, el zika o el chikunguya infectan más a las poblaciones de las zonas con climas tropicales de la selva y la costa norte, mientras que no llega a las zonas altoandinas (Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres del MINSA, 2017); mientras que el coronavirus pareciera tener un menor impacto en las zonas altoandinas, cuyos habitantes son menos vulnerables a dichas endemias.

Ello no las ha hecho inmunes —menos aún— a otras enfermedades como las pulmonares y respiratorias por las heladas en las zonas altoandinas, dado que la temperatura llega hasta menos de 10 grados o más, y también por el friaje en la selva tropical, dado que la temperatura disminuye hasta los 0 grados, produciendo desde resfriados graves hasta neumonías, sobre todo en la población más vulnerable (niños, ancianos, embarazadas y personas con enfermedades crónicas) (Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres del MINSA, 2018).

Con la declaración del estado de emergencia sanitaria se activaría un sistema de planificación del manejo de las crisis por las pandemias, facultando la movilización de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, de ser el caso, para la protección de la salud pública, al controlar el cumplimiento de las medidas de cuidado público ciudadano en las vías y espacios públicos, Ello demandaría legislar el rol de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas en materia de prevención y preparación frente a las crisis sanitarias, así como para brindar respuestas de emergencia acordes con las políticas públicas del Poder Ejecutivo en la recuperación de la salud pública, lo cual exigiría medidas presupuestales y financieras; más aún si las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley, como dispone al artículo 171 de la Constitución.

Todo ello es posible si se repiensa el rol del Estado democrático constitucional frente a las pandemias, ya que no son hechos de fuerza mayor repentinos e imprevisibles que sobrepasan la voluntad humana, sino que, debido a la inacción u acción humana, en la actualidad el Estado puede y debe prevenir, controlar y mitigar los daños a la salud y a la vida de las personas, con una adecuada institucionalidad constitucional para emergencias sanitarias.

## 5. Conclusiones

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad, la economía y de los poderes públicos y privados; por eso, en la actual emergencia sanitaria, debido al carácter de crecimiento exponencial del coronavirus y al no contar con una vacuna que permita su control, el Gobierno ha implementado una política de protección de la salud y de la vida frente al desastre sanitario que aún no llega a su pico más alto, a pesar de los esfuerzos inéditos en la aplicación de una política de salud pública de emergencia.

Ante el carácter mundial de la pandemia, la cooperación internacional no constituye una fuente principal de apoyo a la implementación de medidas sanitarias para la contención del coronavirus, sino la voluntad y la decisión gubernamental de

liderar en el marco de la cooperación entre las instituciones democráticas, incluido el control, la atención consensuada de la aprobación, ejecución y supervisión del cumplimiento de las normas legales y medidas administrativas para poder llegar a domeñar en el corto plazo la extensión de la pandemia.

Sin perjuicio de que al término de esta las fuerzas políticas e institucionales establezcan las bases de una nueva institucionalidad constitucional nacional, no exenta de la promoción de un renovado marco internacional que sienta las bases de una gobernanza constitucional mundial para afrontar de forma globalizada los desafíos contemporáneos a los Estados constitucionales, básicamente en materia de garantizar la salud universal, que está vinculada a la protección del medio ambiente (Lyser, 2015).

Lima, 13 de mayo de 2020

## Referencias

AA.VV. (2012). *Seminario Derecho y catástrofe: lecciones del terremoto*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Beck, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Bilchitz, David (2017). *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Madrid: Marcial Pons.

Cassalino C. (2017). Mortalidad por epidemias y endemia según causas y condiciones sanitarias a mediados del siglo XIX en Lima, Perú. *Rev Peru Med. Exp. Salud Publica*, 34(3): 564-568. doi:10.17843/rpmesp.2017.343.2486. En <https://www.scielosp.org/pdf/rpmesp/2017.v34n3/564-568/es>

Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) – MINSA. (2017). *Norma técnica de salud para la vigilancia epidemiológica y diagnóstico de laboratorio de dengue, chikungunya, zika y otras arbovirosis en el Perú*. Lima, Norma Sanitaria N° 125 – MINSA/2016/CDC-INS. Ver <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/arbovirosis18.pdf>

Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) – MINSA. (2018). *Escenarios de riesgo por heladas y friajes en el marco del Plan Multisectorial 2018*. Ver [https://www.cenepred.gob.pe/web/wpcontent/uploads/Escenarios/2018/Anual/Heladas\\_Friaje/Noviembre\\_2017/ESCENARIO\\_RIEGOS\\_PMAHYF\\_2018.pdf](https://www.cenepred.gob.pe/web/wpcontent/uploads/Escenarios/2018/Anual/Heladas_Friaje/Noviembre_2017/ESCENARIO_RIEGOS_PMAHYF_2018.pdf)

Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) – MINSA. (2020). *Alertas epidemiológicas*. Ver [https://www.dge.gob.pe/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=370](https://www.dge.gob.pe/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=370)

Descamps, M. (1972). Catastrophe et responsabilité. *Revue Française de Sociologie*, 13(3), 376-391. doi:10.2307/3320531.

Gonzales, Horacio (2015). *Estado de no derecho. Emergencia y derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Lyster, Rosemary (2015). *Climate justice and disaster law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mujica, Oscar (2011). A los 20 años de visitación del cólera en el Perú. Vieja epidemia, nueva epidemiología. En *Semana de la Epidemiología Peruana*. OPS/OMS. [https://www.paho.org/per/images/stories/FtPage/2011/20110923\\_estudiosepidemiologicos-colera-peru-2011.pdf](https://www.paho.org/per/images/stories/FtPage/2011/20110923_estudiosepidemiologicos-colera-peru-2011.pdf)

Oficina Internacional de Migración. (2020). *Reporte Mundial Migratorio 2020*. Ver [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2020.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf)

Organización Mundial de Salud. (2019). *Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias. Junta de Vigilancia Mundial de la preparación*. Setiembre. [https://apps.who.int/gpmb/assets/annual\\_report/GPMB\\_Annual\\_Report\\_Spanish.pdf](https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf)

Sierra, Gustavo (2019). 26 personas tienen más riqueza que los 3800 millones más pobres. En *Infobae*, 2 de junio. <https://www.infobae.com/america/mundo/2019/06/02/26-personas-tienen-mas-riqueza-que-los-3-800-millones-mas-pobres/>

World Economic Forum. (2019). *Reunión anual del Foro Económico Mundial. Informe de riesgos mundiales del 2019*. <https://es.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2019>



# **DERECHO LABORAL**



**Retorno seguro al trabajo:  
algunas consideraciones a propósito del  
síndrome del edificio enfermo**

*Laura Torres Soto y  
Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte*  
Pontificia Universidad Católica del Perú





## 1. Introducción

Tras la llamada «nueva convivencia» en época de COVID-19 en el Perú, se ha originado la reapertura de diferentes rubros no referidos a las actividades de primera necesidad, y, como lógica consecuencia, muchos trabajadores volverán a sus centros de trabajo.

Junto con la reanudación de las actividades de esta nueva convivencia, las empresas deberán preparar los protocolos de prevención, que tienen, o deberían tener, como finalidad la prevención de riesgos en los centros de trabajo, o asegurar (como dice la Organización Internacional de Trabajo) un «retorno seguro al trabajo».<sup>1</sup>

Esto es, la búsqueda de un equilibrio entre la observancia de las medidas sanitarias que permitan enfrentar la pandemia de la COVID-19 y la reanudación de las actividades o, en otras palabras, buscar volver a una convivencia pero que sea vigilante de la emergencia sanitaria.

En este nuevo contexto, no debemos perder de vista las complicaciones de «reanudar» con base en lineamientos generales que solo clasifican, como el caso peruano, el riesgo a partir del contacto con terceros.

Así, pues, el seguimiento de lineamientos puede incluso llegar a ser complejo cuando hablamos de las nuevas estructuras de trabajo tipo *coworking* o hasta cuando se puede agudizar o confundir los síntomas del llamado «síndrome del edificio enfermo», situaciones no evaluadas (ni siquiera consideradas) pero que tienen la mayor relevancia en este retorno.

La intención de este breve trabajo es advertir este tipo de situaciones, y, de esa manera, ayudar a la vigilancia de la salud de los trabajadores en este regreso a las actividades laborales.

---

<sup>1</sup> Ref. OIT: A safe and healthy return to work during the COVID-19 pandemic. En: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/briefingnote/wcms\\_745549.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/briefingnote/wcms_745549.pdf) (revisado el 28 de mayo de 2020).

## **2. Protocolos para una «nueva convivencia»**

Estamos en la búsqueda de un equilibrio entre la observancia de las medidas sanitarias que permitan enfrentar la pandemia de la COVID-19 y la reanudación de las actividades económicas en nuestro país.

Por ello, se han desarrollado lineamientos que buscan que el retorno al trabajo sea seguro y que garantice al trabajador medidas de prevención y acción en los traslados, zonas comunes, aforo, en la nueva interacción con los compañeros de trabajo, etcétera. Es decir, que la reanudación a la vez sea vigilante de la emergencia sanitaria.

Lamentablemente, nuestro país, en materia de seguridad y salud en el trabajo, lleva un largo retraso incluso comparable con nuestro sistema de salud. Si bien el Perú no ha ratificado el convenio 155<sup>2</sup> de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), «Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores», sí puede o debería seguir las recomendaciones internacionales publicadas sobre el retorno seguro al trabajo durante la pandemia de la COVID-19.

De ese modo, en este acápite las analizaremos en conjunto con los lineamientos publicados en nuestro país con la finalidad de evaluar si existe una real garantía de un «retorno seguro al trabajo» y, por qué no, decente.

### **A) Pautas de la Organización Internacional de Trabajo para el retorno al trabajo**

Si bien no existe un convenio que establezca medidas generales sobre el entorno laboral contra los riesgos biológicos (que incluyen a los virus), la OIT ha elaborado directrices técnicas al respecto.

Por ello, propone diez (10) puntos claves que se deben tomar en cuenta para un retorno seguro al trabajo, que involucran aspectos sobre las labores del propio trabajador y sobre la incorporación de medidas estructurales al interior del centro de trabajo (como, por ejemplo, la colocación de paneles de separación entre los trabajadores) (International Labour Organization, 2020).

Brevemente, estos aspectos serían los siguientes:

- (i) Formar un equipo encargado del plan de retorno (equipo que incluya a representantes de los trabajadores).
- (ii) Evaluación de riesgos generales para decidir cuándo reabrir, quiénes volverán y de qué forma volverán.
- (iii) Implementar una estrategia de jerarquía de controles que priorice la ingeniería, la organización y controles administrativos para prevenir la transmisión de enfermedades.

---

2 El convenio prevé que las autoridades competentes deberán garantizar (considerando las condiciones y posibilidades nacionales) la introducción o desarrollo progresivo de sistemas de investigación de los agentes biológicos en lo que respecta a los riesgos que involucren la salud de los trabajadores (artículos 5 'a', 11, 'f' y 12, 'b' del mencionado Convenio).

- (iv) Promover la limpieza regular y la desinfección permanente.
- (v) Promover la higiene personal.
- (vi) Otorgar a los trabajadores equipos de protección personal y enseñar su correcto uso.
- (vii) Vigilancia de la salud que incluya protocolo en caso de sospecha y detección.
- (viii) Incluir otros peligros, incluso los psicológicos.
- (ix) Revisar los planes de emergencia como los que se producen en caso de temblores o terremotos.
- (x) Revisar y actualizar las medidas instauradas periódicamente.

Los aspectos relacionados con la nueva convivencia en el centro del trabajo, que básicamente se encuentra en los puntos iii, iv, v, vi y vii, serán analizados en el siguiente apartado; en este punto abarcaremos los lineamientos de la creación del plan de emergencia y su contenido.

En primer lugar, se recomienda convocar al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo para la creación de un plan con pasos para organizar un regreso saludable al trabajo e incluso agregar un plan de continuidad del negocio.

También convendría realizar una evaluación de riesgos para prevenir la COVID-19 (de acuerdo con el tipo de personal, aforo, necesidad de presencia de los trabajadores en la empresa, etcétera) y la identificación de puntos focales (que no necesariamente tiene que ver con las características de los trabajadores). Por ello, las directivas de la OIT establecen que la evaluación de riesgos implicaría:

[...] evaluar sistemáticamente los riesgos de infección en el lugar de trabajo y determinar cualquier control apropiado junto con las medidas que deban implementarse. Se debe tomar en cuenta las jerarquías de las medidas de control. Preparar el lugar de trabajo para el regreso de los trabajadores. En particular mirar el diseño del lugar de trabajo e implementar cambios que permitan el distanciamiento físico; [...]. (International Labour Organization, 2020, p. 5)

Dicho de otra forma, previo al retorno, la primera evaluación debería ser la espacial, lo que implica verificar la zona de trabajo, la ubicación de la oficina e incluso podríamos incluir el tipo de edificio al que retornarían los trabajadores.

Además de ello, se incluye que, para elaborar un plan de emergencia adaptado a la COVID-19, no podemos olvidar que nuestro lugar de trabajo está sujeto a otras clases de emergencias, por lo que correspondería que cada centro de trabajo revise y actualice su plan de evaluación, considerando la «nueva distribución de empleos, la capacidad reducida, el acceso de rutas, circulación y evacuación, puntos de encuentro y zonas de seguridad, para evitar congestiones» (International Labour Organization, 2020).

Correspondería además reevaluar el plan de emergencia periódicamente para determinar si las medidas han cumplido con su objetivo de prevención y control; en todo caso, dicha revisión permitirá modificar el plan o incorporar nuevas medidas. En consecuencia, el plan de emergencia no debe ser estático.

Sobre los puntos previamente expuestos, nuestra evaluación de riesgos debe incluir la identificación de los trabajadores que deben retornar, la zona de trabajo (y lo que ello implica) y de los eventuales terceros que visiten el local. Con ello, podríamos ya plasmar en un plan de emergencia las medidas de prevención, monitoreo y control.

## **B) Reglas para la reanudación en el Perú**

La reanudación progresiva en nuestro país tiene como requisito la elaboración de un plan de emergencia o «plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo».

Hasta el momento, las disposiciones para la reanudación se encuentran reguladas por el «Decreto supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia sanitaria nacional a consecuencia del COVID-19», aprobado por el Decreto Supremo N° 80-2020-PCM y por el «Decreto supremo que establece las medidas que debe observar la ciudadanía hacia una nueva convivencia social y prórroga del Estado de emergencia por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del COVID-19», aprobado por el Decreto Supremo N° 94-2020-PCM.

Ambas normas (con nombres potentes) deberían seguir las pautas de la OIT y regular un retorno al trabajo seguro y decente. Por su parte, el Decreto Supremo N° 80-2020-PCM tiene como objeto (al menos así se menciona en la justificación de la norma) iniciar el proceso de recuperación social y económica generado por la limitación de la libertad de tránsito y, asimismo, buscar contener la COVID-19. La reanudación se ha programado en cuatro (4) fases, la primera de las cuales se ha iniciado en el mes de mayo de este año.

En el punto 3.2 de dicha norma se establece como requisito para el reinicio de actividades: primero, observar los «Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19», aprobados por la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA (y sus modificaciones), así como los Protocolos Sectoriales; segundo, elaborar el «Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo»; y, tercero, proceder a su registro en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud.<sup>3</sup>

Por su parte, el Decreto Supremo N° 94-2020-PCM, además de prorrogar el estado de emergencia nacional, crea la expresión «nueva convivencia», modificando el horario de la inmovilización social obligatoria y liberando la limitación al derecho de libertad de tránsito a una lista de actividades no esenciales. Con lo que tendríamos una reincorporación progresiva de trabajadores a sus centros de trabajo, situación que se irá incrementando con la apertura de nuevas fases.

---

3 Para la reanudación se debe registrar la empresa en el servicio *online* habilitado por el ministerio o institución del sector productivo con dicha autorización. Solo entonces la empresa podrá registrarse en el sistema SISCOVID. Es en este paso donde la empresa deberá ingresar el plan de emergencia, los datos de los profesionales de la salud que laboran en ella y la nómina de empleados. Solo una vez que se cuente con ello se emitiría una constancia y la empresa podrá reanudar actividades.

Ahora bien: realmente en ambos decretos no encontramos las llamadas nuevas reglas de convivencia para el retorno al trabajo; estas solo aparecen en los «protocolos sanitarios sectoriales ante la COVID-19» y en la cuestionada —y varias veces modificada y/o complementada— Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, de fecha 28 de abril de 2020, que aprueba el documento técnico sobre los lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19.

## **1) Creación del protocolo**

Como es lógico, partimos con la elaboración obligatoria del «Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo», que debe ser remitido al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST) o el supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, según corresponda, para su aprobación en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas.

Ahora, si bien la OIT sugiere que sea el propio CSST el encargado de la elaboración del protocolo de reanudación, el Perú ha optado por que su papel sea el de aprobar el plan. En nuestra opinión, no solo es una alternativa que restringe la participación de los trabajadores sino además es una opción que alarga el proceso de aprobación interna del mencionado plan.

Así mismo, debemos mencionar que la supervisión realizada por el CSST tiene un papel relevante, pues si bien el plan debe ser presentado al sector y al SICOVID-19, la verificación de dichas entidades será posterior a la reanudación de actividades, con lo que el carácter preventivo que el plan debería tener podría perderse. En ese sentido, el CSST deberá verificar que el plan cumpla con el fin preventivo, de acuerdo con su tipo de empresa, actividad y tipo de trabajador.

Finalmente, otro aspecto por considerar es que estos sistemas de registro no han precisado (ni tampoco lo ha hecho el Estado) los canales por los que dichos planes podrán ser modificados luego de su aprobación, pensando en la posibilidad de mejora como consecuencia de la evaluación permanente. Una vez más, recordando las recomendaciones de la OIT, los planes no son estáticos sino que deberán ser revisados periódicamente, y esta incluso debería ser una obligación del CSST.

## **2) Vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo**

Sobre este segundo punto, a partir de criterios epidemiológicos se han establecido las reglas de convivencia básicas en el trabajo como la limpieza y desinfección, la evaluación de la condición de salud del trabajador previo al regreso o reincorporación, el lavado y desinfección de manos, la sensibilización de la prevención del contagio en el centro de trabajo, medidas de protección personal y la vigilancia de la salud del trabajador en el contexto de la COVID-19.

Como se puede apreciar, dichos aspectos vendrían a controlar o regular la nueva interacción o convivencia de los trabajadores, interacción que será detallada en el siguiente apartado.

Pese a lo antes señalado, consideramos que la evaluación de la condición de salud del trabajo previo al regreso o reincorporación no es realmente un aspecto de convivencia, sino más bien de control de los trabajadores que volverán al centro de trabajo.

Sobre ello, se establece que el profesional de salud deberá identificar el riesgo de exposición al COVID-19 de cada puesto de trabajo, así como aplicar la ficha de sintomatología.<sup>4</sup> Así mismo, se deberá realizar el control de temperatura antes del ingreso y, finalmente, la aplicación de pruebas serológicas o moleculares a cada puesto de trabajo con muy alto, alto y mediano riesgo; mientras que para los de bajo riesgo la aplicación de estas pruebas será potestativo.

De la revisión de definiciones de la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, la diferencia entre el alto o mediano riesgo se justificaría por el número de personas con las que se tendría interacción. Por ello, dentro de la definición de bajo riesgo se incluye al personal administrativo, personal de limpieza de centros no hospitalarios o trabajadores de áreas operativas que no tienen atención al público.

Al respecto, consideramos que la calificación o evaluación del riesgo no debería basarse únicamente en el potencial contacto con terceros (incluso llegando a dar ejemplos de puestos de trabajo), ya que, como hemos visto, este no debe ser el único factor de evaluación. Así, pues, ya vimos que el análisis no solo se puede basar en el contacto con terceros u otros trabajadores, sino además debe realizarse una revisión del diseño de los lugares de trabajo.

Tenemos, por ejemplo, nuevos sistemas de trabajo denominados *coworking*, en los que el personal administrativo comparte mesas, útiles de trabajo y espacios comunes. Nuestro sistema de evaluación de riesgos debería considerar estos nuevos y modernos escenarios o modalidades de trabajo.

### **3) Los trabajadores que deben retornar (físicamente) al centro de trabajo**

Al igual que lo establecido por las directivas de la OIT, los lineamientos nacionales piden a las empresas evaluar de posibilidad de realizar trabajo remoto como primera opción (limitar o restringir el trabajo presencial).

Otro aspecto que se ha de considerar en nuestra norma son las idas y venidas al regular el denominado grupo de riesgo, que, tras diferentes modificaciones, consideró finalmente los siguientes factores:<sup>5</sup>

- Edad mayor de sesenta y cinco (65) años.
- Hipertensión arterial no controlada.
- Enfermedades cardiovasculares graves.
- Cáncer.
- Diabetes mellitus.
- Insuficiencia renal crónica en tratamientos con hemodiálisis.
- Enfermedad o tratamiento inmunosupresor.

<sup>4</sup> La Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA eliminó el carácter declarativo de la ficha.

<sup>5</sup> Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA, de fecha 13 de mayo de 2020.

- Obesidad con IMC de 40 a más.

Respecto de los factores de riesgo, el Estado ha generado una gran incertidumbre por la inclusión, precisión y luego retiro de algunos grupos. Incluso después de su extrema protección en la relación laboral, se ha optado por poner en decisión de los trabajadores su retorno al centro de trabajo.

Por su parte, la OIT y diferentes estudios médicos han indicado que hay muy poca evidencia (por lo nuevo de la enfermedad) para identificar a los grupos de riesgo (tal vez eso pueda explicar los constantes cambios en la norma) y propone que sea el profesional médico «el encargado de evaluar el caso y —a partir de la evaluación— hacer las recomendaciones para actividades preventivas, incluida la incapacidad laboral preventiva [...], teletrabajo o reasignación de trabajadores a tareas que conlleven menor riesgo de contraer la COVID-19» (International Labour Organization, 2020, p. 16). La razón es lógica: dos (2) personas que padezcan un mismo factor de riesgo no estarán necesariamente expuestas de la misma forma, a lo que se suma el tener que analizar o evaluar (además del factor de riesgo) las condiciones mismas en las que se prestará la relación laboral.

Por ello, en nuestra opinión el encargado de evaluar al «grupo de riesgo» debe ser el médico especialista —de acuerdo con el tipo de riesgo— para, así, poder medir los peligros de retorno o las medidas especiales que se deben de tomar para un retorno seguro. De ese modo, correspondería al médico especialista que, junto con el médico interno, autoricen el retorno, modifiquen funciones o incluso recomienden el trabajo remoto.

Finalmente, debemos aclarar que muchas veces se ha denominado a este grupo como «personas vulnerables a la pandemia», cuando realmente correspondería al grupo de personas que en caso de contraer la enfermedad podrían desarrollar formas graves de ella,<sup>6</sup> siendo este un factor más para la evaluación de riesgo y una prueba más de la falta de información que podemos encontrar en nuestras normas.

No olvidemos que los estudios médicos no son abundantes; incluso, muchos de ellos incluyen a los hombres como propensos a desarrollar formas graves de la COVID-19, sin que estos formen parte del grupo de riesgo (Li & otros, 2020). Esto deja en evidencia el poco estudio al momento de elaborar la lista de protección.

---

<sup>6</sup> De ahí que sostener que «existe gran evidencia que se encuentran en riesgo» no es del todo correcto. El CDC (Centers for Disease Control and Prevention) refiere que: «COVID-19 is a new disease and there is limited information regarding risk factors for severe illness. Based on currently available information and clinical expertise, older adults and people of any age who have serious underlying medical conditions might be at higher risk for severe illness from COVID-19». [«La COVID-19 es una nueva enfermedad por la que tenemos información limitada sobre los factores de riesgo que generen una grave enfermedad. Según la información actualmente disponible y la experiencia clínica, los adultos mayores y las personas de cualquier edad que tienen afecciones medidas subyacentes podrían tener un mayor riesgo de generar una enfermedad grave generado por la COVID-19.»] (Centers for Disease Control and Prevention, 2020)



### 3. ¿Cómo se actuaría entonces dentro del centro de trabajo?

En este apartado corresponde ya evaluar los aspectos que debemos considerar en una nueva convivencia en los centros de trabajo. Los elementos que, creemos, se deben tomar en cuenta en los planes de convivencia, son los siguientes:

#### A) El distanciamiento social

El distanciamiento social en el Perú (y así incluido en los lineamientos) se ha fijado en, como mínimo, un (1) metro de distancia, pese a que en los lineamientos internacionales se ha establecido un distanciamiento de «al menos 2 metros en todo momento y todas situaciones de trabajo» (International Labour Organization, 2020).

Así mismo, respecto de las áreas comunes, el lineamiento peruano una vez más ha pedido «mantener el distanciamiento de 1 m» y propone incluir turnos. Una vez más hay una diferencia respecto del mínimo en el distanciamiento y, además, no abarca los aforos<sup>7</sup> de las zonas comunes.

En el caso de las reuniones, se sugiere que sean excepcionales y se recomienda el uso de barreras físicas (pantallas o mamparas) para la protección de clientes.

Si bien estamos de acuerdo con que las reuniones sean excepcionales, respecto de las barreras físicas, se comprueba —una vez más— que los lineamientos nacionales protegen la interacción de trabajadores y clientes, pero no la interacción entre los propios trabajadores.

En ese sentido, debería recomendarse regular los espacios dentro de nuestro centro de trabajo en general y, a partir de esa medida, incorporar paneles de separación o incluso cerrar espacios para crear barreras entre trabajadores donde sea necesario<sup>8</sup> (no olvidemos que, en la evaluación de riesgos, ya existió un análisis de los espacios).

Por otro lado, las recomendaciones de la OIT sugieren identificar la capacidad de trabajadores máxima en un mismo espacio, considerando además las áreas de trabajo y descanso. No olvidemos espacios como las salas de reuniones, ascensores, baños no personales, comedores, etcétera.

---

7 En un reciente estudio (publicado el día 7 de junio de 2020) se encontró que los lugares de trabajo tipo *call center* deberían ser considerados como grupos vulnerables. El estudio fue realizado en una oficina de Corea del Norte ubicada en el piso 11 de un edificio y donde se concluyó que: «This outbreak shows alarmingly that severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) can be exceptionally contagious in crowded office settings such as a call center. The magnitude of the outbreak illustrates how a high-density work environment can become a high-risk site for the spread of COVID-19 and potentially a source of further transmission. Nearly all the case-patients were on one side of the building on 11th floor». [«Este brote muestra alarmantemente que, un síndrome respiratorio agudo severo del coronavirus 2 (SARS-CoV-2) puede ser excepcionalmente contagioso en entornos de oficina abarrotados, como un call center. La magnitud del brote ilustra cómo un entorno de trabajo de alta densidad puede convertirse en un sitio de alto riesgo para la propagación de la COVID-19 y potencialmente una fuente de transmisión adicional. Casi todos los pacientes del caso estaban en un lado del edificio en el piso 11».] (Centers for Disease Control and Prevention, 2020).

8 La OIT recomienda la instalación de barreras de separación física entre los trabajadores que comparten un espacio, que pueden ser trabajadores, trabajadores y terceros.



Una vez más se puede notar que la protección del lineamiento peruano se centra más en el contacto con terceros que en la evaluación de riesgos general de las zonas de trabajo.

## **B) Lavado y desinfección obligatoria del centro de trabajo**

Esta medida prevé la limpieza y desinfección de los ambientes y materiales de trabajo antes del inicio de las labores diarias, estableciendo la frecuencia según el contexto de la emergencia sanitaria. Solo la OIT agregaría que la regularidad también tendría que ver con la identificación de las zonas de alto tránsito dentro de la empresa.

Una particularidad que podemos mencionar es que, en el caso de las recomendaciones de la OIT, la responsabilidad sobre la limpieza se carga también al trabajador en su compromiso de «mantener su propio espacio de trabajo limpio» o incluso desalentar el intercambio de material de oficina entre trabajadores.

Finalmente, no se puede dejar de incluir un procedimiento sobre el tratamiento de la correspondencia o paquetes que llegan al centro de trabajo.

## **C) Lavado y desinfección de los trabajadores**

En el caso de la limpieza personal, el lineamiento peruano pide la planificación de la cantidad y zonas de desinfección del personal. En el lineamiento tres se regula el lavado y desinfección de manos obligatorio, que incluye colocar alcohol gel en los ingresos de los centros de trabajo.

Por su parte, las directivas de la OIT priorizan el uso de jabón líquido; sobre todo, un factor muy importante (no tomado por nuestras normas) es bloquear el uso de los dispositivos eléctricos de secado por chorro de aire (que finalmente extiende la posibilidad de contagio), para solo realizar el uso de toallas de papel. No se puede perder de vista que, en la mayoría de centros de trabajo, los baños cuentan con dispositivos eléctricos de secado, por lo que corresponde regularlos dentro de cada plan.

Otro aspecto que llama la atención al comparar ambos lineamientos es el uso de la mascarilla. Mientras que en el caso peruano es una obligación, las recomendaciones OIT priorizan el lavado y desinfección de manos, evitar contacto físico al saludar, no tocarse ojos y nariz (sin previa desinfección), estornudar con la cara interna del antebrazo o restringir el uso del medio de pago efectivo. Más allá de eso, solo se prevé el uso de mascarillas cuando «las medidas colectivas y organizativas no sean suficientes para garantizar un distanciamiento físico» (International Labour Organization, 2020, p. 12).

Entendemos que el riesgo de contagio al interior de un centro de trabajo sea mayor si consideramos el fracaso del distanciamiento social en nuestras calles.

## **D) Ventilación**

La ventilación del lugar de trabajo es otro aspecto por considerar. OIT, e incluso la Organización Mundial de la Salud (OMS), recomiendan la ventilación del lugar de

trabajo y que esta de preferencia sea con ventilación natural (apertura de ventanas).

Si hubiera ventilación mecánica (caso de la mayoría de oficinas), este aire debe recircular con aire exterior, prohibiendo el uso de ventiladores personales.

Sobre la ventilación, solo se hace una breve referencia en el lineamiento 5 peruano (7.2.5 de la RM N° 239-2020-MINSA), al señalar que debe existir un «ambiente ventilado» y una renovación cíclica de volumen de aire.

Como veremos a continuación, la ventilación de un lugar de trabajo toma una gran relevancia, en tanto que puede ser este un foco de contagio importante de tomar en cuenta.

### **E) Ingreso y salida de los trabajadores**

En el caso del ingreso de los trabajadores se proponen medidas temporales, como incluir turnos de trabajo o llegadas y salidas escalonadas. La finalidad, una vez más, es priorizar el distanciamiento social (al momento de marcar el ingreso y salida) y hasta la flexibilización del control de horarios.

Para los traslados, en el escenario idóneo correspondería la contratación temporal de un servicio de movilidad (en donde también se respete el distanciamiento social), pero esta medida involucra un costo que no toda empresa podría asumir.

En los lineamientos peruanos, se prevé sobre este punto «evitar las aglomeraciones durante el ingreso y salida del centro». Una vez más de forma escueta se regula un aspecto importante que tendría impacto incluso en el control horario de cada empresa.

### **F) Equipos de protección personal**

El lineamiento peruano asegura la disponibilidad de equipos de protección personal (y hasta un punto de acopio) determinado por el profesional de salud del servicio de seguridad y salud en el trabajo.

Tal como indicamos, respecto de las mascarillas y otros equipos de protección personal, las recomendaciones de OIT señalan no un uso generalizado sino más bien de identificación de tareas y los riesgos de salud y seguridad que enfrentan los trabajadores de acuerdo con los resultados de la evaluación de riesgos y el nivel de riesgo.

### **G) Vigilancia**

La vigilancia del empleador es otra obligación más durante la nueva convivencia de los trabajadores. Por ello, deberá informar en caso de sospecha o detección.

La vigilancia incluye también (punto 7.2.7.7 de la RM N° 239-2020-MINSA) la exposición a otros factores ergonómicos, psicosociales productos del trabajo en el contexto de la COVID-19. Incluso dicha situación debe ser prevista en el plan de prevención.

El planteamiento de la OIT sigue la misma línea, pero incluye el seguimiento psicológico a los trabajadores con modalidad de trabajo remoto y su derecho a la

desconexión. Así, también promueve un ambiente de trabajo saludable y libre de violencia y acoso.

## **H) Otras medidas**

Si se quiere ser interactivo, se pueden colocar carteles con material gráfico en lugares visibles con consejos prácticos para la prevención de la COVID-19. En el caso peruano, se pide al profesional de salud sensibilizar a los trabajadores informando sobre la enfermedad, el correcto uso del equipo de protección personal, así como incluir los carteles antes señalados.

Durante la primera fase de la reapertura, la OIT recomienda restringir la visita de terceros o el servicio que pueden prestar las concesionarias de comidas dentro de la empresa.

Finalmente, la formalización de los protocolos no solo debe ser de conocimiento del sector correspondiente (para su aprobación), sino además de los trabajadores previo a la reapertura del centro de trabajo.

En consecuencia, siendo los trabajadores fiscalizadores de dicho protocolo, podría retirarse del centro de trabajo (una vez llegado el día de la reapertura) en caso de observar que se encuentra en riesgo o que no se ha cumplido con el protocolo poniéndose en riesgo su salud e integridad.

Por otro lado, no solo debemos considerar las recomendaciones de las directivas de la OIT para la elaboración de un protocolo o plan de emergencia; además, podemos aprovechar otros estudios para identificar qué factores son peligrosos en nuestros centros de trabajo y poder regularlos.

Por ello, en el siguiente acápite aprovecharemos el estudio del síndrome del edificio enfermo que nos podrá dar luces para adaptar las condiciones y estructuras de nuestro lugar de trabajo.

## **4. El síndrome del edificio enfermo**

Hemos mencionado, a lo largo de este trabajo, cómo los esquemas de trabajo (antes de la situación generada por la COVID-19) habían cambiado. En los puntos anteriores hicimos referencia a los esquemas de trabajo como el *coworking*, caracterizado por el uso de espacios compartidos, en el que varias empresas y varios trabajadores coexisten llevando a cabo sus respectivas actividades. La lógica de estos esquemas es permitir la interacción de los profesionales a un costo bajo.

Lo frecuente es que esta modalidad de trabajo se realice en los denominados edificios inteligentes, caracterizados por ser edificios herméticos y que, por lo tanto, cuentan con sistemas de gestión automatizada que reducen el consumo de energía aumentando la comodidad y la seguridad de sus ocupantes.

Lo frecuente es que este tipo de edificios sean dedicados a oficinas, corporaciones empresariales, hoteles, centros de convenciones y similares. Siendo que este tipo de estructura cuenta con servicios automatizados de monitoreo, gestión, mantenimiento, etcétera.

Este tipo de edificios nos llevan a un fenómeno que en épocas como las actuales resulta importante analizar: el síndrome del edificio enfermo, situación cuyo análisis nos permitirá tomar mayores elementos para prevenir situaciones como las generadas por la COVID-19.

El síndrome del edificio enfermo (SEE) es un fenómeno poco conocido. El antecedente más antiguo que hemos encontrado data del año 1968. Se presentaron problemas de salud en la ciudad de Pontiac, Michigan (EE.UU.), en un departamento de Sanidad, cuando más de cien (100) personas comenzaron a padecer fiebre, dolor de cabeza y dolor muscular. No se pudo descubrir el agente que causó esos malestares, pero sí que el problema provenía de un sistema de aire acondicionado defectuoso.

Este hecho fue nominado «fiebre de Pontiac» (también llamada enfermedad del legionario), una especie de neumonía que es causada por una bacteria llamada *legionella pneumophila* (nombre dado años después, como veremos a continuación) y que suele contagiarse cuando se respira neblina o vapor que contiene bacterias (caso frecuente en las bañeras de hidromasajes limpiadas de manera inadecuada, agua en hoteles, cruceros, residencias de ancianos y hospitales, y que comúnmente son contraídas por personas mayores de 45 años con un riesgo mayor si son fumadores y personas que padezcan una enfermedad pulmonar crónica como asma), y que tiene como principales síntomas tos, fiebre alta y escalofríos (Healthwise, 2020).<sup>9</sup>

Algunos años después (en el año 1976), se llevó a cabo en un hotel de la ciudad de Philadelphia (EE.UU.), la Convención de la Legión Americana. En dicho evento, 182 de los asistentes enfermaron; los síntomas de esta enfermedad eran parecidos a los de la neumonía. Treinta y cuatro (34) de ellos fallecieron. Se descubrió posteriormente que una bacteria había generado esta enfermedad: era la misma que se había presentado en Pontiac, y la llamaron en ese momento *Legionella pneumophila* (Fuentes Carrillo & Ospino Villadiego, 2020).

Los estudios (efectuados por el médico británico Gray Robertson) determinaron que esta bacteria había sido contraída por los asistentes a través de los ductos de aire acondicionado del local del evento:

Los estudios continuaron, y en el año 1982, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió el denominado «*Sick Building Syndrome*» o «Síndrome del Edificio Enfermo» (SEE) como: un «Conjunto de molestias y enfermedades originadas o estimuladas por la mala ventilación, la descompensación de temperaturas, las cargas iónicas y electromagnéticas, las partículas en suspensión, los gases y vapores de origen químico y los bioaerosoles, entre otros agentes causales identificados. Este fenómeno se produce cuando al menos un veinte por ciento (20%) de los ocupantes padece un conjunto de síntomas inespecíficos, sin que sus causas estén perfectamente definidas. (Ibáñez Martí, 2009)

Por ello, la mala ventilación, la descompensación de temperaturas, las partículas en suspensión, los gases y vapores de origen químico y los bioaerosoles en luga-

---

<sup>9</sup> Se puede ver más en <https://www.cigna.com/individuals-families/health-wellness/hw-en-espanol/temas-de-salud/enfermedad-del-legionario-y-fiebre-de-pontiac-ug2994> (revisado el día 4 de junio de 2020).

res cerrados o en los que se tiene sistema de aire acondicionado nos han llevado, con el paso de los años, a identificar un tipo de construcciones (normalmente en edificios de oficinas) en los que esa clase de padecimientos se presentan. Este fenómeno nos lleva a centrar nuestra atención en los edificios llamados «inteligentes» (construcciones que, como señalamos al inicio de este acápite, en la generalidad de casos son herméticas, aisladas del exterior, con materiales mobiliarios de bajo costo, con ahorro de energía, etcétera) como estructuras directamente vinculadas al denominado SEE por los efectos perjudiciales que generan a la salud de sus ocupantes (frecuentemente trabajadores).

La OMS considera que el SEE afecta entre el 10 % y 30 % de los edificios modernos, y los males que se presentan son diversos: gripes, resfriados, dolor de cabeza, sinusitis, congestión, mareos, náuseas, cansancio, irritación de los ojos, la nariz y la garganta. La vinculación directa que existe entre los inmuebles y sus ocupantes es tan clara que lo frecuente es que las afecciones antes señaladas se manifiesten con la permanencia en la oficina, y que mejoren al terminar la jornada laboral (e incluso que desaparezcan durante las vacaciones) (Ibáñez Martí, 2009).

Actualmente, cuando la tendencia está claramente dirigida hacia los edificios inteligentes, nos podemos encontrar con algunas situaciones preocupantes. Por ejemplo, según la OMS, el 70 % de los edificios chilenos (80 % de estos en la ciudad de Santiago de Chile) padecen del SEE (Campusano, 2012).

Así mismo, un interesante estudio de la Secretaría de Medi Ambient i Salut Laboral UGT CATALUNYA (2017) señala que existen características comunes a los denominados edificios enfermos (edificios que padecen del SEE). Pasaremos a detallarlos, y veremos cómo muchas de las características nos resultarán familiares.

En primer lugar, estas edificaciones cuentan con un sistema de ventilación forzada, por lo general común a todo el edificio o a amplios sectores de este, además de existir recirculación parcial del aire.

En segundo lugar, son edificaciones de construcción ligera y poco costosa.

En tercer lugar, las superficies interiores están en gran parte recubiertas con material textil (inclusive los pisos).

En cuarto lugar, practican el ahorro energético y se mantienen relativamente cálidos con un ambiente térmico homogéneo.

Finalmente, son herméticos, con lo que las ventanas no pueden abrirse.

Fuentes Carrillo y Ospino Villadiego (2020, p. 14) nos presentan una clasificación de los factores que podrían influir en la presencia del SEE. A decir de estos autores, los factores podrían agruparse de la siguiente manera:

1. Factores físicos: iluminación inadecuada, el ruido, la temperatura, la ventilación y movimiento del aire (aspectos que inciden en la comodidad del lugar de trabajo).
2. Factores biológicos: hongos (mohos y levaduras), bacterias, virus pueden ser encontrados en el ambiente interior.
3. Factores psicosociales: estrés del personal, la organización del trabajo, la insatisfacción en general, el tiempo de trabajo, la actividad, la comunicación y relación, etcétera.

4. Contaminación exterior: el aire exterior que entra en un edificio puede ser una fuente de contaminación atmosférica del interior.

En esa misma línea se manifiesta Llorca Rubio (2014), cuando califica como factores de riesgo para el SEE los siguientes:

1. Factores físicos: confort térmico, iluminación, condiciones ergonómicas, ruido y vibraciones, radiaciones ionizantes y no ionizantes.
2. Factores químicos y biológicos: polución exterior, limpieza y mantenimiento, mobiliario, sistema de ventilación, decoración, reformas, equipo y material de oficina, edificación, fontanería mal mantenida, ocupantes, aislantes, productos de combustión.
3. Factores psicosociales: estrés.

Los trabajadores pasan buena parte de su tiempo en el centro de trabajo, razón por la cual este debe contar con todas las garantías para que el desarrollo de las labores no solamente sea agradable sino también seguro. Por algo la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha considerado al lugar de trabajo como prioritario para la promoción de la salud (Fuentes Carrillo & Ospino Villadiego, 2020, p. 26).

Todos estos factores, finalmente, generan un largo listado de manifestaciones directamente vinculadas al ambiente en el cual se desarrollan las actividades laborales: dolores de cabeza, asma, resfríos, irritaciones en ojos, nariz o garganta, sequedad en las vías respiratorias, secreción nasal, rinitis, ronquera, fatiga, piel seca, reacciones psicológicas, ira, etcétera.

Problema vigente pero poco atendido, sobre todo en el Perú, donde inclusive el SEE resulta desconocido y menos aún en un contexto de retorno seguro en época de COVID-19.

Sin embargo, mucho de las experiencias aprendidas —a propósito de los estudios sobre el SEE— resultan ser de muchísima utilidad como formas de prevención para la COVID-19. Una buena forma de hacerlo es atender las manifestaciones de los ocupantes para poder determinar su origen. Esto debiera ser efectuado a través del sistema de vigilancia en seguridad y salud en el trabajo. Pero, además, para atender específicamente los aspectos relacionados, el SEE debiera atenderse a situaciones como antigüedad del edificio, materiales utilizados, número de ocupantes (y la distribución que tienen en las instalaciones), materiales y equipos de trabajo, revisión de los sistemas de ventilación y de aire acondicionado.

Preventivamente, debería incluirse en los protocolos y lineamientos implementados por las empresas preguntas claves en apariencia no ligadas a la COVID-19, como si el trabajador labora en una oficina cerrada, si las ventanas pueden abrirse, si hay corrientes de aire o por el contrario falta ventilación, si hace calor o frío en la oficina, si el uso de los ascensores genera aglomeraciones, si tiene enrojecimiento, sequedad o picor de ojos, si la asistencia a la oficina le genera congestión o secreción nasal, o si le genera rinitis, si tiene dificultad para respirar, entre otros, nos permitirían ayudar a tomar acciones preventivas.

Si bien en el caso de la COVID-19 estamos ante un virus, se recomienda tomar especial cuidado en los ductos de aire acondicionado y en de los sistemas de circulación de aire. Al respecto, no existe un estudio científico que certifique la transmisión del SARS-CoV- 2 (el virus) por aire acondicionado (es decir, que el virus pase por los ductos); pero sí uno relacionado con el direccionamiento —flujo de aire— de este.

Acerca de ello, el día 24 de enero de 2020 existió un contagio en un restaurante chino (Li & otros, 2020) que afectó a diez (10) personas de tres (3) familias sentadas en mesas diferentes. El estudio indica que la causa más probable de ese brote fue la transmisión de gotas por un fuerte flujo de aire desde el aire acondicionado; y a través de este se propagaron gotas de una mesa a otra. Incluso este estudio añadió que las gotas (por la presencia del aire) pueden viajar más allá de un metro de distancia.

Por tanto, en este caso de estudio el factor clave para la infección fue la dirección del flujo de aire. Se recomendó la vigilancia del monitoreo de la temperatura, aumentar la distancia entre mesas y mejorar la ventilación.

Considerando dicho estudio, debemos tomar especial atención respecto de la ventilación y flujos de aire, pues en caso de tener un incorrecto manejo nuestro protocolo (aun cuando cuente con medidas de distanciamiento) podría fracasar.

## 5. Conclusiones

1. La creación de un protocolo debe contar con la participación y control del CSST.
2. La evaluación de riesgos no puede relegar la evaluación espacial, es decir, una revisión del tipo de edificio, del tipo de oficinas; en general, una revisión de la estructura de nuestro lugar de trabajo.
3. Respecto de la evaluación del trabajador, de acuerdo con las funciones y naturaleza de los servicios, procurar que la vuelta al centro de trabajo sea progresiva.
4. El protocolo puede contener un plan de continuidad de la empresa.
5. El protocolo debe prever un nuevo plan de emergencia (por ejemplo, en casos de sismos o terremotos) considerando las pautas de prevención en el nuevo contexto de la COVID-19.
6. Evaluar si podemos extender los modelos de prevención utilizados en otros estudios, como en el llamado síndrome del edificio enfermo.
7. El distanciamiento es una pauta clave para la prevención, pero para que pueda funcionar deben revisarse otros factores como el aire acondicionado o los sistemas de circulación de aire. Un mal manejo de los elementos del entorno puede llevar al fracaso del nuevo plan de prevención.



8. Tomar en cuenta que todo plan de emergencia es dinámico y, por tanto, debe estar en constante revisión.
9. Aprovechar las herramientas y estudios (como el del SEE) para realizar una correcta e integral evaluación de riesgos y, de ese modo, generar un retorno seguro y, por qué no, procurar un trabajo decente.
10. La COVID-19 puede ser el momento para replantear y mejorar nuestra regulación sobre seguridad y salud en el trabajo.

## Referencias

Fuentes Carrillo, M. P., & Ospino Villadiego, M. J. (7 de junio de 2020). Síndrome del Edificio Enfermo en la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Córdoba 2019. 20. Montería, Córdoba, Colombia. Obtenido de: <https://repositorio.unicordoba.edu.co/bitstream/handle/ucordoba/2412/fuentes carrillomariapaula-ospinovilladiegomariajose.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Li, X., Xu, S., Yu, M., Wang, K., Tao, Y., Zhou, Y., . . . Zhao, J. (28 de abril de 2020). Risk factors for severity and mortality in adult COVID-19 inpatients in Wuhan. Wuhan y Marburg, China y Germany.

Campusano, R. (2012). Síndrome del Edificio Enfermo. *SustentaBiT*, 18. Obtenido de: <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/24069-2.pdf>

Centers for Disease Control and Prevention. (14 de mayo de 2020). *Centers for Disease Control and Prevention*. Obtenido de <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/groups-at-higher-risk.html>

Healthwise. (26 de enero de 2020). *Cigna*. Obtenido de: <https://www.cigna.com/individuals-families/health-wellness/hw-en-espanol/temas-de-salud/enfermedad-del-legionario-y-fiebre-de-pontiac-ug2994>

Ibáñez Martí, C. (5 de abril de 2009). *Madrid blogs. Salud pública y algo más*. Obtenido de: [https://www.madrimasd.org/blogs/salud\\_publica/2009/04/05/115850#:~:text=La%20OMS%2C%20en%201982%2C%20defini%C3%B3,los%20gases%20y%20vapores%20de](https://www.madrimasd.org/blogs/salud_publica/2009/04/05/115850#:~:text=La%20OMS%2C%20en%201982%2C%20defini%C3%B3,los%20gases%20y%20vapores%20de)

International Labour Organization. (Mayo de 2020). Safe return to work. Guide for employers on COVID-19 prevention. 5. Ginebra, Suiza. Obtenido de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/publication/wcms\\_744033.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_744033.pdf)

International Labour Organization. (Mayo de 2020). Safe return to work: ten action points. 2. Ginebra, Suiza. Obtenido de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/--protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms\\_745541.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_745541.pdf)

International Labour Organization. (Mayo de 2020). A safe and healthy return to work during the COVID-19 pandemic. Ginebra, Suiza. Obtenido de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/briefingnote/wcms\\_745549.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/briefingnote/wcms_745549.pdf)



Llorca Rubio, J. L. (10 de abril de 2014). El Síndrome del Edificio Enfermo como indicador de una mala calidad de aire interior. Valencia, España.

Lu, J., Gu, J., Li, K., Xu, C., Su, W., Lai, Z., . . . Yang, Z. (2 de abril de 2020). *Center for Disease Control and Prevention*. Obtenido de: [https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/26/7/20-0764\\_article](https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/26/7/20-0764_article)

Secretaria de Medi Ambient I Salut Laboral Ugt Catalunya. (2017). *Síndrome del Edificio Enfermo*. Cataluña. Obtenido de: [http://www.ugt.cat/download/salut\\_laboral/higiene\\_industrial/sindrome-edificio-enfermo.pdf](http://www.ugt.cat/download/salut_laboral/higiene_industrial/sindrome-edificio-enfermo.pdf)

Park, S. Y., Kim, Y. M., Yi, S., Lee, S., Na, B. J., Kim, C. B. et al. Coronavirus disease outbreak in call center, South Korea. *Emerg Infect Dis*. 2020 Aug [version web, 7 de junio de 2020]. Obtenido de: <https://doi.org/10.3201/eid2608.201274>

Ministerio de Salud. (2020). Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA. Lima, 7 de mayo de 2020. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/695454/resolucion-ministerial-n-265-2020-minsa.pdf>

Ministerio de Salud. (2020). Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA. Lima, 13 de mayo de 2020. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/710132/RM\\_283-2020-MINSA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/710132/RM_283-2020-MINSA.PDF)



**El teletrabajo llegó para quedarse:  
comentarios en torno a esta herramienta laboral  
en auge en la nueva normalidad**

*César Puntriano Rosas*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## **1. A manera de introducción: el impacto de la pandemia en el Perú y las principales medidas legales dispuestas por el Gobierno**

La pandemia del COVID-19 está golpeando al país con dureza. A la fecha, según cifras del Ministerio de Salud, el número de contagiados supera los 100 000, mientras que la cantidad de fallecidos excede las 3000 personas. Frente a ello, el Gobierno viene emitiendo una serie de normas para contener la propagación del COVID-19.

Entre ellas, cabe señalar al Decreto Supremo N° 008-2020-SA, mediante el cual se declaró la emergencia sanitaria por 90 días calendario, y luego fue ampliada por el Decreto Supremo N° 020-2020-SA hasta el 7 de setiembre; el Decreto de Urgencia N° 026-2020, que establece medidas excepcionales como el trabajo remoto, disponiendo su obligatoriedad para los trabajadores comprendidos en el grupo de riesgo; el Decreto de Urgencia N° 029-2020, que dicta medidas complementarias; el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, que declaró estado de emergencia nacional por 15 días calendario desde el 16 al 31 de marzo de 2020; el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, que lo precisó, y los decretos supremos N° 051-2020, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 083-2020-PCM y N° 094-2020-PCM, que lo han venido prorrogando sucesivamente, al momento de concluir la redacción de este artículo, hasta el 30 de junio de 2020.

Las normas mencionadas limitan la movilidad de la población al disponer el aislamiento social obligatorio salvo que se trate de actividades esenciales para la sociedad. Así, por ejemplo, se garantiza el abastecimiento de alimentos y medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, transporte de mercancías, entre otras. Inclusive se establece un período de inmovilización social obligatoria que exige que las personas permanezcan en sus domicilios, salvo las que laboren en actividades esenciales, quienes padezcan una situación de emergencia médica o la prensa. En la actualidad, por el Decreto Supremo N° 083-2020-PCM, la inmovilización social obligatoria va desde las 20:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente, con excepción de los departamentos de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad y Loreto, en los que la inmovilización social rige desde las 16:00 horas hasta las 04:00 horas del día siguiente. Así mismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos

en el territorio nacional durante todo el día. Se dispuso el cierre de las carreteras y aeropuertos.

La pandemia del COVID-19 y las medidas gubernamentales de cierre han impactado seriamente a la economía latinoamericana y, desde luego, a la nuestra. En el primer caso, este año habría 11,6 millones de desocupados más que en 2019; el PBI caería en 5,3 %; el desempleo se incrementaría en 3,4 %; la pobreza aumentaría al menos 4,4 %, lo que significa 28,7 millones de personas adicionales respecto a 2019; la pobreza extrema aumentaría en 2,6 % (más de 15 millones de personas adicionales) (CPAL, 2020). En el caso de nuestra economía se proyecta que esta se contraería en un 4,5 % del PBI al cierre de 2020. Según cifras del Ministerio de Trabajo,<sup>1</sup> la suspensión de actividades no esenciales ha afectado a 190 515 empresas y a 1 724 099 trabajadores. De ese total, son 116 489 las empresas con mayor riesgo de cierre, lo que afectaría a más de 900 000 trabajadores (Ministerio de Trabajo, 2020).

Para afrontar esta situación, el Gobierno ha dispuesto algunas medidas, como la creación del trabajo remoto, la disposición del otorgamiento de licencias con goce de haberes al personal que no podía laborar remotamente, la posibilidad de adoptar otras medidas para salvaguardar el empleo y la remuneración (cuando no aplique trabajo remoto ni licencia con goce de haber) e, inclusive, la suspensión perfecta de labores. También se ampliaron los servicios virtuales en materia de trabajo y promoción del empleo, tanto en Lima Metropolitana como en las regiones.

Adicionalmente, se hizo lo siguiente:

- Pago de un bono al personal de EsSalud.
- Apoyo a las empresas con un subsidio de hasta el 35 % del valor de las remuneraciones del personal registrado en planilla al mes de enero de 2020 y cuya remuneración no excediera los S/1500.
- Programa Reactiva Perú para ayudar a los empresarios a cumplir con sus responsabilidades económicas. El programa cuenta con S/30 mil millones que se pondrán a disposición como garantía crediticia. Los créditos tienen una cobertura que va desde el 80 % hasta el 98 %.
- Asunción por parte de EsSalud del subsidio por los primeros 20 días de incapacidad temporal para el trabajo en caso el trabajador se contagie con COVID-19 y su remuneración tenga como tope la suma de S/2400.
- Retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) desde el 28 de marzo de 2020 hasta el 7 de setiembre de 2020, hasta por la suma de S/2400.
- Retiro adicional de la CTS para que los trabajadores comprendidos en una suspensión perfecta de labores que tuvieran cuenta CTS puedan disponer de lo depositado en esta hasta por una remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido durante la suspensión de labores.
- Aquellos trabajadores que no tuvieran saldo en su cuenta CTS podían pedir a su empleador el adelanto del pago de la CTS de mayo 2020, que se depositaba

---

<sup>1</sup> Cifras tomadas de la presentación de la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo ante la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, mayo de 2020.

hasta el día 15 pasado, y la gratificación de julio 2020, calculados a la fecha del desembolso.

- Los trabajadores de la microempresa sujetos al régimen mype, quienes no tienen derecho a CTS, que perciban una remuneración mensual bruta hasta de S/2400, percibirán de EsSalud una prestación económica de hasta S/760 por mes vencido que dure la suspensión, hasta por tres meses.
- Los afiliados a una AFP podrán retirar hasta S/2000 de su fondo, previa solicitud presentada a su AFP desde el 30 de abril de 2020. Las AFP confirmarán que corresponde el desembolso, con base en la información de las suspensiones perfectas de labores aprobadas que el Ministerio de Trabajo le proporcione. Este beneficio es excluyente con el retiro extraordinario previsto en el Decreto de Urgencia N° 034-2020, el cual permite a los afiliados retirar hasta S/2000 de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), siempre que, hasta el 31 de marzo de 2020, no cuenten con acreditación de aportes previsionales obligatorios a la referida cuenta, por al menos seis meses consecutivos.
- En forma adicional, se permite retirar hasta S/2000 de la CIC a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP), siempre que al momento de evaluación de la solicitud no cuenten con la acreditación del aporte previsional obligatorio correspondiente al mes de febrero de 2020 o marzo de 2020. En el primer caso la solicitud se presenta hasta el 20 de abril de 2020 y, en el segundo, una vez culminado el retiro extraordinario del primer grupo.
- También pueden retirar hasta S/2000 aquellos afiliados cuya última remuneración declarada no supere los S/2400, en tanto al momento de la evaluación de su pedido puedan acreditar el aporte devengado en el mes de febrero 2020 o marzo 2020. Dicho monto será entregado en dos pagos mensuales consecutivos, el primero de S/1000 y el segundo por la diferencia. Este retiro es de libre disponibilidad e inembargable, y es excluyente con el retiro de hasta S/2000 autorizado por Decreto de Urgencia N° 034-2020 detallado anteriormente.
- Posibilidad de que el empleador aplaze el depósito CTS que debió efectuarse hasta el 15 de mayo de 2020 hasta noviembre de este año, excepto para los trabajadores que perciban una remuneración bruta mensual de hasta S/2400 o estén incluidos en una suspensión perfecta de labores. A ello deberán agregarse los intereses correspondientes.
- Pago de un bono universal a familias de S/760.

Adicionalmente, y para aquellas empresas que no pudieran implementar el trabajo remoto o la licencia con goce de haberes por el tipo de actividades que desarrollan sus trabajadores o por la afectación económica, el 14 de abril de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto de Urgencia N° 038-2020, que estableció medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores por el COVID-19, con miras a preservar los empleos. Esta norma entró en vigencia el 15 de abril de 2020 y es aplicable a trabajadores y empleadores del sector privado, lo cual incorporaba a grandes, medianas, pequeñas y microempresas, de cualquier sector de actividad económica, incluyendo los que tienen un régimen especial (construcción civil, agrario,

minero, portuario, etcétera). Además, también están comprendidas las empresas estatales y sus trabajadores.

El decreto permitía a los empleadores que no pudieran implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haberes recuperable, por la naturaleza de sus actividades o por la afectación económica que padecían, adoptar las medidas que resultaran necesarias con el fin de mantener el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.

Se habilitaba con ello, y luego de intentar llegar a un acuerdo escrito o virtual con los trabajadores, la reducción unilateral de la jornada laboral y la remuneración, el otorgamiento de vacaciones, la conversión de trabajadores *full time* en *part time*, entre otras medidas. No era viable imponer la licencia sin goce de haber, porque la finalidad de la norma es asegurar la percepción de remuneraciones, aunque reducidas. Luego, el Decreto Supremo N° 011-2020-TR, norma reglamentaria, dispuso que las medidas eran consensuadas, salvo la imposición de vacaciones adquiridas y no gozadas.

Según el decreto de urgencia, estas medidas pueden regir hasta 30 días calendario luego de terminada la emergencia sanitaria, es decir, hasta el 7 de octubre de 2020, salvo que el Gobierno decidiera prorrogar el plazo.

De manera excepcional, se permitía la suspensión perfecta de labores a través de su regulación *ad hoc*,<sup>2</sup> bajo las siguientes pautas aplicables desde el 15 de abril de 2020:

- 1) El empleador debe presentar una comunicación al Ministerio de Trabajo, con carácter de declaración jurada según formato publicado en el portal web del Ministerio de Trabajo ([www.gob.pe/mtpe](http://www.gob.pe/mtpe)).
- 2) En dicha comunicación deben exponerse los motivos que la sustentan: caso fortuito, fuerza mayor, impacto económico o cualquier otra causa que no permita reanudar las labores y/o pagar las remuneraciones del personal.
- 3) Dentro del plazo de 30 días útiles de presentada la comunicación en referencia, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) verificará la existencia de la causa invocada. De comprobarse su inexistencia o la afectación a la libertad sindical (lo que implica usar deliberadamente la suspensión para incurrir en actos antisindicales, pero no prohíbe incluir personal sindicalizado en la medida siempre que se justifique), el Ministerio de Trabajo deja sin efecto la suspensión, debiendo el empleador abonar las remuneraciones no pagadas y decretar la reanudación de labores cuando corresponda. En este caso, el período dejado de laborar es considerado como laborado para todo efecto legal, es decir, computable para el cálculo de la CTS, gratificaciones, remuneraciones vacacionales e, inclusive, participación legal en las utilidades.

---

2 En nuestra opinión era absolutamente legal que las empresas se acogieran a la suspensión perfecta de labores regulada por caso fortuito o fuerza mayor regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, las cuales pudieron ocurrir de manera previa a la vigencia del Decreto de Urgencia N° 038-2020, así como también con posterioridad a esta.



El teletrabajo llegó para quedarse: comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad

- 4) El Ministerio de Trabajo emite resolución confirmando o no la suspensión dentro del séptimo día útil de efectuada la verificación por SUNAFIL. Si no lo hace, se aplica el silencio administrativo positivo, esto es, se asume confirmada la suspensión.
- 5) Si el Ministerio de Trabajo confirma la suspensión, el tiempo que dure esta no es computable para CTS, gratificaciones y participación en las utilidades, pero sí para el récord vacacional.
- 6) Durante la suspensión, el empleador deja de aportar a EsSalud, pero esta entidad continuará prestando su asistencia en dicho lapso, financiada por el Ministerio de Economía. La asistencia comprende atenciones médicas, prestaciones preventivas y promocionales.

Como vemos, se emitieron una serie de medidas de índole laboral, aunque la mayoría de ellas no resultaba suficiente para cumplir con el objetivo de preservar el empleo. Debido a la crisis, muchas empresas han decidido no renovar contratos temporales, suspender labores y cesar personal arbitrariamente inclusive, debido al gran impacto de la coyuntura existente. Entre tanto, aquellas que continúan operando lo hacen de manera presencial, en lo que resulte necesario y, sin duda, por la vía remota, empleando intensivamente la tecnología. El teletrabajo asoma como opción para preservar el empleo del personal que labora a distancia sin hacerlo de manera presencial y como nueva modalidad de trabajo en la era post-COVID-19.

## **2. El teletrabajo: noción, características, ventajas, desventajas y marco legal vigente**

### **2.1. Definición y características**

#### ***Definición***

La doctrina no es unánime al definir al teletrabajo; transcurridos más de veinte años desde su aparición, todavía no existe una definición consensuada y ni siquiera una denominación común. La diversidad de definiciones también se debe a que el teletrabajo es abordado desde diversos enfoques, como el económico, el sociológico o el jurídico, por lo que sería utópico catalogar una definición como totalizadora.

Jack Nilles, pionero en la utilización del término teletrabajo, lo definió como «cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información», o, más gráficamente, como «la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador en lugar de enviar el trabajador al trabajo» (Thibault, 2000, p. 24).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al teletrabajo como «cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías» (OIT, 1995, p. 10).

El grupo de expertos de la Comisión Europea y de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo definió al teletrabajo como «cual-

quier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas y/o de telecomunicaciones» (Banplain, 1984, p. 5).

La Asociación Catalana de Teletrabajo lo define como:

una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede utilizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa [...]. (Thibault, 2000, p. 24)

La doctrina ha conceptualizado al teletrabajo de distintas maneras: como «la prestación de quien trabaje, con un video terminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación va dirigida» (Thibault, 2000, p. 24); como «la prestación de servicios por cuenta ajena fuera del centro de trabajo, fundamentalmente en el domicilio del propio trabajador, y cuya realización se lleva a cabo mediante conexión telefónica e informática, excluyéndose de tal concepto, obviamente, los trabajadores autónomos» (Thibault, 2000, p. 24).

Así mismo, se afirma que «teletrabajo es trabajo a distancia, utilizando las telecomunicaciones y por cuenta ajena»; que se trata de la «actividad laboral, generalmente en el sector servicios, por cuenta propia o ajena, que se lleva a cabo fuera del centro de trabajo habitual, utilizando las tecnologías de la información y las telecomunicaciones» (Rodríguez, 2001). Finalmente, se sostiene que el teletrabajo es «una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o de telecomunicación» (Thibault, 2000, p. 24).

Sin pretender ser totalizadores respecto a la concepción del teletrabajo, desde un enfoque netamente jurídico, para nosotros el teletrabajo supondría un rompimiento con los tradicionales paradigmas fordistas del concepto de empresa y relación de trabajo, el cual se manifestaría mediante la prestación de servicios por parte del trabajador desde cualquier lugar fuera de la empresa (en su casa, en centros de teletrabajo o de manera itinerante) utilizando las nuevas tecnologías de la información, ya sea para efectos de la recepción de instrucciones, la comunicación con su empleador o la entrega de resultados o inclusive para el propio ejercicio de sus derechos laborales.

### ***Notas características***

Como indicamos en el punto precedente, tratándose del teletrabajo, se hace muy complicado encontrar una definición que se adapte a este fenómeno que posee implicancias jurídicas, sociales, económicas, etcétera; sin embargo, hemos tratado de

citar aquellas que nos parecieran más ilustrativas. En todo caso, siguiendo a quienes señalan que cuando una institución es difícil de definir, para efectos de una mejor comprensión del teletrabajo, explicaremos algunos de sus rasgos o notas características, extraídos de las definiciones enunciadas anteriormente.

Los referidos rasgos que caracterizan al teletrabajo son: (i) la localización, (ii) la utilización de tecnologías de la información y (iii) la organización del trabajo.

a) *La localización*: respecto a esta nota característica del teletrabajo, la doctrina sostiene que ella implica que la actividad laboral se desarrolla en un espacio físico que se encuentra fuera de la empresa (Gala, 2001, p. 118), y que el «teletrabajo es trabajo realizado lejos del lugar donde el resultado es esperado, esto es, a distancia del empleador o cliente a quien va destinado, de manera que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo» (Thibault, 2000, p. 26).

En efecto, la localización es un elemento caracterizador del teletrabajo, puesto que este implica que el teletrabajador preste sus servicios desde fuera del local de la empresa, ya sea desde su domicilio o cabina pública donde tenga acceso a las tecnologías de la información, como una PC, un módem, un fax, una video-cámara, mediante las cuales realice su actividad profesional. Cabe añadir que para que un teletrabajador sea considerado como tal no es necesario que preste sus servicios fuera de la empresa permanentemente, pudiendo realizarse de manera alterna en los locales de la empresa.

b) *Uso de nuevas tecnologías de información*: coincidimos con Thibault (2000) cuando manifiesta que «el teletrabajo [...] es trabajo a distancia haciendo un uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación (teléfono, fax, correo electrónico, redes de área local, videoconferencia)» (2000, p. 26).

Se aprecia la trascendencia que deben tener las herramientas técnicas de la informática y las telecomunicaciones para que el teletrabajador pueda ejercer de manera efectiva su actividad laboral. No estamos ante el supuesto de un trabajador que utiliza un *beeper*, teléfono celular o radio para comunicarse con su empleador, sino que el mecanismo esencial para que el teletrabajador preste su servicio es a través del soporte informático. Es el elemento informático una condición necesaria para el teletrabajo.

El uso de nuevas tecnologías es una nota esencial del teletrabajo que lo hace diferir del trabajo a domicilio tradicional. En efecto, si bien ambos comparten la característica de ser trabajo a distancia, ya que el teletrabajo es siempre a distancia, este fenómeno consiste «fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones, inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles» (Thibault, 2000, p. 27). Citando un ejemplo, el traductor no teletrabaja al desarrollar su actividad de manera tradicional y enviando el resultado por correo a su empleador. En cambio, si recibe el texto por traducir en su terminal portátil, utiliza el correo electrónico para comunicarse con la empresa, recibe instruccio-

nes a través del MODEM y transmite la traducción por vía telemática, sí podría considerarse que está teletrabajando (Thibault, 2000, p. 26).

c) *Organización del trabajo*: como consecuencia de que el teletrabajo se desempeña fuera del local de la empresa y de que el teletrabajador emplea nuevas tecnologías de información, es necesario que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo (Gala, 2001, p.118). Thibault (2000), por su parte, afirma que «el teletrabajo es una forma de organización y realización del trabajo distinta [...] La utilización de los instrumentos de teletrabajo tiene un efecto descentralizador que permite la externalización de una actividad que habitualmente se ejecutaba en la empresa [...]» (p. 26).

En efecto, la actividad laboral ejecutada por el teletrabajador necesita de una organización que difiere totalmente del trabajo tradicional, desde las herramientas informáticas de que se sirve el teletrabajador hasta sus relaciones con sus compañeros de trabajo y, por supuesto, con su empleador. Para algunos autores, por ejemplo, se diluye el poder de dirección del empleador, mientras para otros se presenta una disminución en las concentraciones industriales, lo cual puede traer consigo un debilitamiento del movimiento sindical que normalmente encuentra allí su hábitat natural (Thibault, 2000, p. 237).

Como vemos, estos cambios fácticos en la estructura de las relaciones laborales producidas por la implementación del teletrabajo deben traer como consecuencia una modificación en la estructura organizativa, que incluya tanto a los sujetos individuales (teletrabajador, empleador) como a los sujetos colectivos (organizaciones sindicales, organizaciones patronales), con el fin de que esta forma de prestar servicios tenga resultados altamente productivos.

Es importante destacar que existen opiniones que denominan al teletrabajo como *e-trabajo*, definiéndolo como «el modo de realizar la actividad laboral utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)». Adicionalmente, señalan que:

el concepto de teletrabajo no es simplemente trabajar a distancia, sino algo más profundo que incluye el hecho de *trasladar las mentes, no los cuerpos*, creándose un espacio tácito de trabajo (una oficina virtual) donde pueden coexistir todos los componentes, virtualmente reunidos (miembros de un equipo, clientes, proveedores, etc.), que permite la aparición de nuevas relaciones (Trabajo en Red), posibilidad que facilita la configuración de organizaciones distribuidas. (Thibault, 2000, p. 242)

Si bien esta definición no limita el contenido del teletrabajo a su localización, esto es, que se efectúe fuera de las instalaciones de la empresa ya sea total o parcialmente, poniendo el acento en el uso de las nuevas tecnologías de la información, consideramos que para que nos encontremos frente a dicho fenómeno es necesaria la presencia concurrente de las tres notas características antes citadas, no bastando el empleo de las TIC. Thibault (2000), respecto a las notas características del teletrabajo, afirma: «Estos requisitos obviamente son interdependientes entre sí, de tal modo que deben darse simultáneamente para que en rigor pueda hablarse de teletrabajo,

El teletrabajo llegó para quedarse: comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad

*pues el trabajo a distancia es tan viejo como el Derecho del Trabajo y el trabajo con nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no es, por supuesto, privativo del teletrabajo»* (Thibault, 2000, p. 26). (Cursivas nuestras)

## 2.2. Ventajas y desventajas

En este punto reflexionaremos sobre las ventajas e inconvenientes que presenta el teletrabajo para ambas partes de la relación laboral, es decir, para el empleador y el teletrabajador (Asociación Española de Teletrabajo, 2002, p. 41).

**a) Ventajas para el trabajador.** Podemos enumerar las siguientes:

- a.1) Autonomía funcional y carencia de controles:* que significa que el teletrabajador puede autoprogramar sus tiempos, no encontrándose sujeto a régimen disciplinario alguno. Esto permite al teletrabajador adaptar sus horas de trabajo a necesidades personales y familiares.
- a.2) Posibilidad de integrarse de mayor manera con su núcleo familiar:* esta ventaja se aprecia más en los teletrabajadores a domicilio, pues permanecen en su hogar sin estar desplazándose a la oficina central de la empresa.
- a.3) Aborro de tiempo y costos de transporte:* ventaja estrechamente relacionada con la anterior, puesto que el teletrabajador, al permanecer en su domicilio, no invertirá tiempo ni dinero en desplazarse hacia las instalaciones de la empresa.
- a.4) Posibilidad de que el teletrabajador participe en procesos productivos internacionales:* esto se hace patente mediante la inserción del teletrabajador a través de la red en proyectos que se realicen de manera simultánea en distintos países empleando las telecomunicaciones internacionales.
- a.5) Otras ventajas* no menos relevantes son el aumento de la calidad de vida, una mayor libertad en temas como el vestuario<sup>3</sup> y las relaciones con los compañeros de trabajo, la reducción del estrés y la fatiga (Gala, 2001, p. 119).
- a.6) Una ventaja por relevar* es la referida a la superación de las barreras arquitectónicas en personas discapacitadas. Un ejemplo ilustrativo es el de los minusválidos que citamos cuando nos referimos al criterio locativo (Rodríguez, 2001, p. 229).

**b) Ventajas para el empleador.** Podemos considerar las siguientes:

- b.1) Prestación fuera del establecimiento:* esto implica que se vean disminuidos los riesgos laborales, como la eliminación de la responsabilidad del empleador por los accidentes.

---

<sup>3</sup> Respecto al vestuario, si bien la autora no hace un mayor desarrollo, suponemos que se referirá a que el teletrabajador no estará obligado a uniformarse o vestirse formalmente, de ser el caso, ya que no acude físicamente a la empresa. Esta afirmación es relativa, ya que de presentarse reuniones en tiempo real con clientes o ejecutivos de la empresa utilizando video-cámaras, el teletrabajador deberá vestirse formalmente o con el uniforme que la empresa proporciona usualmente a sus trabajadores.

- b.2) *Requerimiento mínimo de una estructura de funcionamiento*: esta ventaja se traduce en la posibilidad de eliminar áreas administrativas tradicionales de la empresa, como oficina de personal, servicio médico en planta, guarderías, etcétera.
- b.3) *Reducción de gastos*: se minimizan los consumos de servicios de electricidad, agua, teléfono, limpieza, útiles de escritorio, etcétera; los gastos en mantenimiento de la oficina; los gastos de condiciones de trabajo, cuando deban ser suministrados por la empresa, como uniforme, alimentación, transporte. Un ejemplo del ahorro se ha dado en la empresa IBM España, ya que antes de la implementación del teletrabajo en su estructura productiva cada uno de sus trabajadores contaba con un espacio en las oficinas madrileñas de la compañía. Con posterioridad a la implementación del teletrabajo, tres personas comparten la misma ubicación, ya que rara vez coinciden (Gala, 2001, p. 118).
- b.4) *Mejora de oportunidades al seleccionar al personal*: efectivamente, se puede contratar a trabajadores que prefieran prestar sus servicios desde sus domicilios, o que vivan muy lejos de la empresa; en este último caso, aparte de configurarse un teletrabajo a domicilio, podemos pensar en un teletrabajo en telecentros.
- b.5) *Menor incidencia de situaciones ajenas a la voluntad de las partes*: esto se refiere a supuestos en que huelgas de transporte o fenómenos climáticos impidan a los trabajadores acudir a las instalaciones de la empresa, situación que retarda el proceso productivo. En cambio, si desarrollan su prestación desde su domicilio, no se verán perjudicados por dichos eventos, pudiendo ejercer su actividad laboral con normalidad.

La implementación del teletrabajo no solamente trae consigo las ventajas antes señaladas, sino también una serie de desventajas para ambos contratantes en la relación laboral.

**c) Desventajas para el trabajador.** Podemos enumerar las siguientes:

- c.1) *Sensación de aislamiento y menor integración en la empresa para la que presta servicios*: efectivamente, el teletrabajador podría sentirse aislado al no encontrarse en contacto físico con sus compañeros de trabajo ni con las instalaciones de la empresa. Así mismo, si lo que se quiere es que el trabajador se identifique con su centro de labores y se comprometa íntimamente con el trabajo que desempeña, dicha integración con el funcionamiento y la filosofía de la empresa se hace muy complicada si el trabajador no se encuentra presente en ella. Considero que esta situación puede paliarse programando que la jornada del teletrabajador se preste parcialmente en las instalaciones de la empresa.
- c.2) *Problemas de promoción profesional o pérdida de estatus*: esta desventaja se refiere a que el teletrabajador se sentirá relegado respecto a sus demás compañeros que trabajan en planta en el propósito de alcanzar promociones como ascensos o felicitaciones provenientes del empleador (Gala, 2001, p. 118). Al respecto, creemos que aun si el teletrabajador acude con poca regu-

laridad a la planta o simplemente no acude, ello no trae como consecuencia que el empleador no lo fiscalice permanentemente, y que dicha supervisión puede traer consecuencias positivas para el teletrabajador, como aumentos o promociones si cumple su prestación de manera eficiente. Así mismo, puede traer sanciones por incumplimiento de sus obligaciones laborales.

c.3) *Inseguridad del trabajador respecto a su posición y condición dentro de la empresa o riesgo de explotación*: desventaja muy relacionada con la anterior. A nuestro entender, consistiría en que el teletrabajador se siente más prescindible que sus compañeros de trabajo que se encuentran en planta, creyendo que para el empleador sería más sencillo despedirlo.

Al respecto, creemos que el empleador no puede basarse en la mínima asistencia o inasistencia del teletrabajador a la empresa para desatender sus derechos laborales. Los teletrabajadores son titulares de derechos laborales, tanto individuales como colectivos, al igual que los demás trabajadores, los cuales son eficaces frente al empleador. De los derechos colectivos de los teletrabajadores nos ocuparemos más adelante.

Respecto al riesgo de explotación, opinamos que este puede darse tanto para los trabajadores «centralizados» como para los teletrabajadores.

**d) Desventajas para el empleador.** El teletrabajo trae también diversas desventajas para las empresas, algunas de las cuales enumeramos a continuación:

d.1) *Pérdida de espíritu de equipo y problemas de lealtad hacia la empresa*: la segunda de ellas puede presentarse como un problema de reserva y confidencialidad de los datos que se posean en la empresa (Gala, 2001, p. 119). Con relación a la desventaja de la pérdida de espíritu de equipo, consideramos que el empleador, en la distribución de encargos que efectúe, puede procurar que algunos se realicen por equipos de teletrabajadores, para fomentar la cooperación y el trabajo en equipo. Así mismo, podría realizar reuniones de integración entre el personal de la empresa a efectos de crear un ambiente de camaradería.

En relación con los problemas de reserva y confidencialidad, este inconveniente no solo se puede presentar en los teletrabajadores, ya que un trabajador que se encuentra en las instalaciones de la empresa también puede tener acceso a información confidencial y darle un uso indebido.

Una posible solución sería centralizar la información confidencial en el personal de confianza del empleador, el cual no debe ser demasiado numeroso para, así, garantizar el control del manejo de la información reservada de la empresa que realice dicho personal.

d.2) Otra desventaja que hace patente es *la dificultad de control y supervisión por parte del empleador* (Gala, 2001, p. 119).

No compartimos esta opinión de la autora, ya que este control del empleador es posible tanto cuando el teletrabajador se encuentra conectado como desconectado.



En efecto, el empleador puede implementar toda una serie de instrumentos técnicos de control a distancia. «En el teletrabajo interactivo, el trabajador se encuentra expuesto en tiempo real a la vigilancia directa del empresario mientras que en aquellos otros supuestos sin conexión telemática este control es también posible, aunque diferido mediante la utilización de determinados programas (*in accounting*)» (Thibault, 2000, p. 121).

El citado autor ofrece un ejemplo de control en una empresa española de tele-encuestas, en la que se registra la hora en que el teletrabajador empieza, su hora de finalización, las llamadas que realiza y su duración; cuántos le cuelgan. Además, se graba hasta su voz y el ordenador vigila hasta los tiempos de descanso de los teletrabajadores (Thibault, 2000, p. 122).

Respecto a esta «desventaja» podemos concluir citando que: «el control semanal o mensual de la prestación supone una posibilidad de vigilancia superior a la fiscalización realizada en el trabajo presencial» (Thibault, 2000, p. 121).

Gala (2001) expone, de manera general, las ventajas e inconvenientes que puede ocasionar la implementación del teletrabajo en la sociedad. Dentro de las ventajas, la autora señala que podemos nombrar la reducción de problemas de transporte, como la congestión diaria, el ahorro energético, la disminución de la contaminación ambiental y del ruido provocado por los desplazamientos, la integración en la vida laboral de colectivos con dificultades como el caso de los minusválidos, y el aumento de la calidad de vida en la población. Entre los inconvenientes se encuentran el riesgo de incumplimiento de legislación laboral y previsional, y los problemas de la participación de los agentes sociales en este ámbito (2001, p. 119).

Concordamos con la autora en que el teletrabajo trae un sinnúmero de ventajas a la sociedad y, adicionalmente a las recogidas por ella, destacamos aquella que consiste en la configuración de una nueva sociedad, la *e-sociedad*, o sociedad del *bit*, caracterizada por el empleo intensivo de las nuevas tecnologías de la información, cuyo objeto de producción es la información y el conocimiento, una sociedad sin fronteras, en la cual los *e-ciudadanos* encuentran en la internet y en las telecomunicaciones el mecanismo para conocer, comunicar sus ideas, evolucionar.

En tal sentido, nos inclinamos por una integración paulatina de nuestras empresas hacia este mecanismo de prestación de servicios en virtud de las grandes ventajas que resultarían a favor de ambas partes de la relación laboral, y de la sociedad en general, ventajas antes enumeradas y que sería redundante repetir.

Somos conscientes de que existen también desventajas, y si estas no logran ser manejadas pueden traducirse en costos sociales muy grandes que hagan peligrar la materialización del teletrabajo en nuestro medio. Al respecto, creemos que dichas desventajas son manejables mediante una adecuada organización por parte de la empresa, un minucioso control y evaluación de su personal, así como un estricto respeto a los derechos de los trabajadores en general, capaces de minimizarlas e, incluso, de hacerlas desaparecer.

Es pues necesario un compromiso de los actores sociales involucrados, de la sociedad en general, y, por qué no decirlo, también del Estado, a efectos de que este



sistema sea eficiente, lo cual redundará en beneficio de los trabajadores, la empresa misma y el país en general.

Resulta importante recoger unas pautas que proporciona la Organización Internacional del Trabajo (2020) en cuanto al teletrabajo en esta época del COVID-19. Así, la OIT formula algunas recomendaciones para que el teletrabajo tenga mayor efectividad, considerándolo como un componente importante de respuesta a la pandemia del COVID-19, y que resumiremos seguidamente:

- Respaldo de los directivos: es importante contar con la aprobación de la alta dirección para que el teletrabajo sea eficaz. Ello supone definir resultados, objetivos, nuevas formas de retribución al personal.
- Otorgar adecuadas herramientas, lo cual supone tener acceso a equipo apropiado, asistencia técnica suficiente y formación tanto para los jefes como para quien trabaja a distancia. La empresa debe esforzarse para que el teletrabajador se mantenga en contacto con sus compañeros de trabajo.
- Expectativas claras, pues es necesario que los teletrabajadores conozcan sus condiciones de trabajo, lo que se espera de ellos, sus posibilidades de crecimiento, la disponibilidad horaria y cómo supervisar la evolución e informar de los resultados.
- Flexibilidad del tiempo de trabajo. El teletrabajo puede ofrecer flexibilidad a los trabajadores para hacer sus tareas en el horario y el lugar que más les convenga, siempre y cuando permanezcan a disposición en el horario normal de trabajo de la institución. Esta flexibilidad es esencial para que el teletrabajo sea eficaz.
- Resulta fundamental que el teletrabajador cree su estrategia personal para equilibrar el trabajo y su vida personal. Acá entra en juego el derecho a la desconexión digital.
- La confianza como «pegamento» que sujeta la estructura. Los directivos, quienes trabajan a distancia y sus colegas deben confiar los unos en los otros. Sin eso, el teletrabajo no puede ser eficaz.

En nuestra opinión, el teletrabajo constituye una herramienta que permite a los trabajadores realizar sus labores sin riesgo de contagio de COVID-19. Además, posibilita a los padres de familia cuidar a sus hijos, quienes cursan sus estudios escolares en casa, y cumplir con su actividad laboral.

Nuestro país no es el único que ha adoptado al teletrabajo como estandarte para la preservación de empleos. Lo han hecho también otros países de Latinoamérica. En Chile, por ejemplo, los servidores públicos que forman parte del grupo de riesgo pueden laborar desde su hogar. En Argentina, el teletrabajo es implementado para trabajadores públicos y privados, quienes se encuentran en aislamiento social (CPAL, 2020).

Compartimos, sin embargo, una preocupación recogida por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en un reciente estudio, en el que sostiene que un tema que afecta a trabajadores tradicionales y a teletrabajadores, en mayor medida, es la «hiperconectividad» y su efecto negativo sobre la conciliación entre la vida fami-

liar y la laboral. Se sostiene que Francia y España fueron los primeros en legislar el derecho a la desconexión digital, a través de la Ley N° 2016-1088 y la Ley de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales de 2018, respectivamente. En América Latina existe un avance menor en la reforma laboral para incorporar medidas que equilibren la vida personal y el trabajo. El derecho a la desconexión digital prácticamente es inexistente en nuestro país, por lo que el reto será su reconocimiento por las empresas, aun cuando carezcamos de una norma que lo regule (BID, 2019).

### **2.3. Regulación peruana del teletrabajo**

La Ley N° 30036, que regula el teletrabajo, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 017-2015-TR, toman partido por considerar a esta prestación como subordinada, reconociendo sus notas esenciales. Así mismo, se recogen como elementos coadyuvantes del mencionado carácter la provisión por el empleador de los medios físicos, métodos informáticos, dependencia tecnológica, propiedad de los resultados, entre otros.

Existen dos modalidades de teletrabajo: i) la forma completa, en la cual el teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo o del local de la entidad pública, pudiendo acudir ocasionalmente a estos para las coordinaciones que sean necesarias; y, ii) la forma mixta: el teletrabajador presta servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo o local de la entidad pública.

En cuanto al uso y cuidado de los equipos que emplee el teletrabajador, se dispone que si estos son proporcionados por el empleador, aquel es responsable de su correcto uso y conservación, impidiendo que terceros ajenos a la relación laboral los utilice. Entendemos que los equipos deberán ser usados con diligencia, procurando que únicamente sean objeto del desgaste natural derivado de su uso habitual. En el caso de que el equipo sufriera algún daño, el teletrabajador podrá ser sancionado, salvo que se trate de un hecho que razonablemente no hubiera podido prever.

Si el teletrabajador aporta sus propios elementos de trabajo, la norma dispone que el empleador debe compensar la totalidad de los gastos, incluidos aquellos relacionados con la comunicación. Por ejemplo, si el teletrabajador emplea la línea de internet de su domicilio para ejecutar sus labores, el empleador deberá asumir al menos una parte proporcional o, en su defecto, contratar un servicio de internet móvil. De efectuarse el teletrabajo desde una cabina de internet, el empleador también debe asumir dicho costo.

Es importante precisar que se establece que si el trabajo no se realiza bajo la modalidad que comentamos, empleador y trabajador, previo acuerdo, podrán variarla a teletrabajo por razones debidamente sustentadas. Este cambio no supone variación en la categoría, remuneración ni demás condiciones laborales, salvo las que se vinculen a la asistencia al centro laboral.

En caso no se alcancen los objetivos esperados con el teletrabajo, el empleador unilateralmente puede reponer al teletrabajador a la modalidad convencional de prestación de servicios. Esta reversibilidad unilateral flexibiliza acertadamente la po-

sibilidad de dar por terminado el teletrabajo en caso no cumpla la finalidad esperada por el empleador.

En cuanto a los derechos y obligaciones laborales, el teletrabajador posee similares a los establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada. Pueden utilizarse todas las modalidades de contratación determinadas para dicho régimen. En todos los casos, el contrato de trabajo debe constar por escrito. Siendo así, la desvinculación del teletrabajador se sujeta a las formas de extinción contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, por renuncia, mutuo disenso, despido por falta grave, entre otros. Es necesario resaltar que las faltas graves se encuentran tipificadas en el artículo 25 del D.S. N° 003-97-TR.

Finalmente, se exige que el contrato de teletrabajo se celebre por escrito, así sea indeterminado, estableciendo que el teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones laborales fijados en el régimen laboral privado. Esta remisión al régimen laboral privado exigirá una interpretación *sui generis* de la normativa, pues tanto en el ejercicio de los derechos individuales, pero sobre todo colectivos y lo referido a la seguridad y salud del teletrabajador, se requiere considerar las especiales características contenidas en el teletrabajo. La garantía del ejercicio efectivo de los derechos sindicales del teletrabajador por parte del Estado y del empleador, de sus derechos individuales y de un ambiente de trabajo seguro, exigirá romper los esquemas clásicos de subordinación, pues no se podrá hablar de una presencia física en las instalaciones del empleador. Pasamos del monitoreo físico al electrónico; y no solamente ello, sino también al ejercicio de los derechos laborales y del poder de dirección empresarial mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la información.

#### **2.4. El trabajo remoto como alternativa durante la emergencia sanitaria**

Lamentablemente, el teletrabajo no tuvo la acogida esperada: al 2017 existían menos de 1000 teletrabajadores, y el número no había cambiado sustancialmente hasta antes de las medidas de aislamiento social obligatorio implementadas por el Gobierno. Para las empresas resulta oneroso sufragar la conectividad de su personal, al menos de todos, por lo que dicha disposición desincentivaba el empleo del teletrabajo.

Sin embargo, con la coyuntura actual, la situación cambió. De acuerdo con los resultados de la encuesta de la consultora Mercer,<sup>4</sup> el teletrabajo ha sido incorporado a raíz de la coyuntura por la mayoría de las empresas (58 %). Inclusive 9 de cada 10 trabajadores continúan realizando sus funciones a través del trabajo remoto.

Tratándose de los obreros, la lógica cambia. Un 32 % de las empresas encuestadas negociará con ellos la compensación de horas cuando retomen el trabajo presencial, debido a la naturaleza de sus funciones.

El trabajo remoto, como alternativa flexible ante el teletrabajo, fue contemplado en el Decreto de Urgencia N° 026-2020 durante la emergencia sanitaria. La flexibilidad se refiere a que el teletrabajo exige acuerdo con el trabajador y que, además, el

---

<sup>4</sup> La encuesta puede ser descargada de: <https://mercadosyregiones.com/2020/04/16/mercer-peru-covid19/>

empleador asuma las condiciones de trabajo para su ejecución, lo cual supone en algunos casos «equipar» al teletrabajador. El trabajo remoto no lo hace.

El decreto de urgencia señalado dispuso que durante el trabajo remoto el empleador no afecta la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración y demás condiciones económicas, salvo las que estén vinculadas a la asistencia al centro de trabajo (como la movilidad o la alimentación); debe informar al trabajador las medidas de seguridad y salud en el trabajo (SST) que debe cumplir durante el trabajo remoto; y comunicar al trabajador la decisión de implementar el trabajo remoto mediante cualquier medio físico o digital que deje constancia de ello. También se estableció que el trabajo remoto era obligatorio para el grupo de riesgo por edad y factores clínicos fijados en el documento técnico aprobado por el Ministerio de Salud. De no ser posible, el empleador debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

Los trabajadores que pertenecen al grupo de riesgo son quienes cuentan con una edad mayor de 65 años, hipertensión arterial no controlada, enfermedades cardiovasculares graves, cáncer, diabetes mellitus, asma moderada o grave, enfermedad pulmonar crónica, insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis, enfermedad o tratamiento inmunosupresor y obesidad con IMC de 40 a más.

Luego, por Decreto de Urgencia N° 029-2020 se dispuso que, en el caso de actividades no esenciales y que, por ende, no pueden operar de manera presencial durante el estado de emergencia, y siempre que no se aplique el trabajo remoto, los empleadores deberán otorgar una licencia con goce de haberes compensable al personal.

De manera complementaria a lo ya regulado sobre el trabajo remoto, se expidió el Decreto Supremo N° 010-2020-TR, el cual establece algunas precisiones respecto a él en el sector privado:

- La comunicación al trabajador del trabajo remoto puede hacerse por soporte físico o digital. Esto último a través de correo institucional o corporativo, intranet, extranet, aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales u otros análogos, que permitan dejar constancia de la comunicación. Se otorga relevancia a los medios digitales, lo cual es positivo.
- El empleador es responsable de asignar labores al trabajador e implementar mecanismos de supervisión y reporte de ellas.
- Si el trabajador proporciona los medios para el trabajo remoto, las partes pueden acordar la compensación de los gastos adicionales derivados del uso de tales medios. Esto no resulta obligatorio sino facultativo.
- En lo relativo a seguridad y salud en el trabajo (SST), se reitera que el empleador debe informar al trabajador, por soporte físico o digital, las medidas, condiciones y recomendaciones de SST que deberá observar; especificar al trabajador el canal para la comunicación por parte de este último de riesgos adicionales que puedan surgir, o de accidentes de trabajo. Esta comunicación puede realizarse por cualquier persona con quien el trabajador comparta domicilio o lugar de aislamiento.

- En cuanto a la jornada de trabajo, se indica la aplicación del tope máximo de 8 horas diarias o 48 semanales, así como la posibilidad de que el trabajo remoto sea realizado por personal no sujeto a la jornada de trabajo. También el hecho de que el trabajador debe estar disponible durante la jornada para las coordinaciones laborales que sean necesarias.
- Sobre el grupo de riesgo señalado anteriormente, se indica que ante la imposibilidad de trabajo remoto corresponde una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior, la cual puede ser exonerada por el empleador.
- Es posible implementar el trabajo remoto en las modalidades formativas, en la medida en que sea compatible con ellas. Si la persona en formación se encuentra en el grupo de riesgo y no es posible ejecutar el trabajo remoto, se deberá pagar su subvención sujeta a compensación posterior, durante la emergencia sanitaria.

El trabajo remoto otorga la flexibilidad necesaria para que sea preferido por las empresas frente al teletrabajo. El inconveniente consiste en que, al momento de redactarse este artículo, el trabajo remoto culmina este 7 de setiembre, al finalizar la emergencia sanitaria. Al respecto, consideramos que la propia norma sobre el teletrabajo permite mantener una modalidad de la prestación laboral remota distinta a él, en tanto el propio artículo 2 del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, reglamento de la ley que regula el teletrabajo, señala que «no se considera teletrabajador al trabajador o servidor civil que ocasionalmente presta servicios fuera del centro de trabajo o entidad pública». Lo ocasional es lo transitorio; lo accidental, lo que sobreviene por una ocasión.

Entonces, si el empleador decide mantener el *home office* post-emergencia sanitaria como una situación transitoria, temporal y no como un cambio estructural, podría mantenerse fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre teletrabajo. De lo contrario, podrá aplicar el marco legal del teletrabajo si así lo decide.

### **3. Lo que viene después: la reactivación gradual y el post-COVID-19**

Mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM se aprobó la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva en el de la declaratoria del estado de emergencia nacional (EEN), disponiendo que ello ocurriría en cuatro fases.

Al momento de la escritura de este artículo nos encontramos en la primera de ellas. En función de dicha norma, para desarrollar actividades durante la emergencia sanitaria, los empleadores deben cumplir con los «Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19», aprobados por Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA y sus posteriores adecuaciones, y con los Protocolos Sanitarios Sectoriales aprobados.

La resolución ministerial señalada (en adelante, RM) establece lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores que realizan actividades durante la pandemia COVID-19, así como lineamientos para el regreso y reincorporación al trabajo. Su objetivo es garantizar la sostenibilidad de las medidas

de vigilancia, prevención y control adoptadas para evitar la transmisibilidad de Sars-Cov-2 (COVID-19).

Las medidas recogidas en la RM tienen sustento en el deber de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, a cargo del empleador.

El Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981),<sup>5</sup> dispone en su artículo 16 que debe exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, equipo, operaciones y procesos que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores. Lo mismo se dispone respecto a los agentes químicos, físicos y biológicos que estén bajo el control de los empleadores.

El deber de prevención del empleador como titular de la organización en la que se desempeñan los trabajadores tiene como contrapartida el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Los trabajadores disfrutan de un derecho a la seguridad y salud en el trabajo frente a su empleador, a quien se le ha atribuido el deber de satisfacer y garantizar dicho derecho. Este deber de prevención a cargo del empleador se genera en la medida en que la vida, la integridad física y moral, y la salud de los trabajadores, se encuentran especialmente amenazados en el ámbito del trabajo, en cuanto actividad prestada en forma personal, remunerada y subordinada, careciendo los trabajadores de la posibilidad jurídica y económica de adoptar por sí mismos medidas necesarias para protegerse de riesgos generados en el trabajo (Martin, 2006, p. 11).

En esa línea, y en aplicación de la RM, previo al inicio de labores, todo empleador está en la obligación de implementar medidas para garantizar la seguridad y salud en el trabajo, cuya finalidad es esencialmente preventiva.

Así, se establece que en todo centro laboral, a través del servicio de seguridad y salud en el trabajo (SST), se elabora el «Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo», que debe ser remitido al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o el supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, según corresponda, para su aprobación en un plazo máximo de 48 horas. Dicho Plan debe ser registrado en el Ministerio de Salud – Instituto Nacional de Salud, a través del Sistema Integrado para COVID-19 (SISCOVID-19) (<https://saludtrabajo.minsa.gob.pe/>). Si la empresa va a reiniciar actividades, deberá primero obtener la aprobación del sector correspondiente, luego de lo cual registra el Plan en el SISCOVID-19. En cambio, si la empresa ha venido ejecutando actividades porque califican como esenciales, el registro del Plan se efectúa directamente en el MINSA.

La RM dispone que la vigilancia, prevención y control del COVID-19 en el centro de trabajo contiene siete lineamientos: (i) limpieza y desinfección de los centros de trabajo; (ii) evaluación de la condición de salud del trabajador previo al regreso o reincorporación al centro de trabajo; (iii) lavado y desinfección de manos obligatorio; (iv) sensibilización de la prevención del contagio en el centro de trabajo; (v) medidas preventivas de aplicación colectiva; (vi) medidas de protección personal; y, (vii) vigilancia de la salud del trabajador.

---

5 No ratificado por el Perú pero que posee efectos de recomendación.



El teletrabajo llegó para quedarse: comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad

Se exige al empleador que clasifique a sus puestos de trabajo en función de su exposición al riesgo de contagio de COVID-19 en muy alto, alto, mediano y bajo riesgo, lo cual incidirá en la frecuencia de la toma de temperatura diaria y la realización de pruebas de descarte del virus al retorno o reincorporación del personal. También se contempla una distancia mínima de un metro entre el personal, la obligación de entregar mascarillas y otros equipos de protección de personal según el grado de exposición al riesgo de contagio, medidas que se han de tomar en caso existan trabajadores con sospecha y contagio de COVID-19, así como la exigencia de contar con profesionales de la salud para que ejecuten la vigilancia en SST, dependiendo del número de trabajadores por centro de trabajo.

Incluso la Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA permite a las empresas, a través de su servicio de vigilancia en SST, realizar las pruebas de descarte de COVID-19 de manera directa a sus trabajadores.

En lo que a SST se refiere, la fiscalización del cumplimiento de los protocolos se encontrará a cargo de la SUNAFIL.

¿Y qué viene después del COVID-19? Pues una transformación, qué duda cabe, quizás acelerada, pero a la cual debemos acomodarnos. La digitalización ha venido para quedarse. El reto consistirá en adaptar los sistemas de protección social para procurar que los trabajadores no queden fuera de la «nueva normalidad» post-COVID-19. La modernidad no debería presentarse como un factor adicional de exclusión. La crisis ha desnudado nuestras carencias, como el pobre nivel de los servicios de salud, la aguda informalidad y la consecuente desprotección de la mayoría de nuestros trabajadores. Corresponde tomar medidas en materia laboral, previsional, sanitaria y, en general, aquellas que permitan a nuestra economía no solamente retomar la senda del crecimiento sino también reducir la informalidad garantizando el acceso a beneficios laborales y protección social a un mayor número de trabajadores.

#### **4. Conclusiones**

El teletrabajo, con sus ventajas y desventajas, constituye la mejor manera de trabajar en esta coyuntura de COVID-19, y también luego de la pandemia.

Como señala el BID:

además de eficiencia, el teletrabajo ofrece grandes promesas en otros aspectos. Por ejemplo, puede dar mayor flexibilidad para aquellas personas —muchas veces mujeres— que tienen compromisos familiares y personales (por ejemplo, cuidado de hijos o de adultos mayores) que les impiden trabajar fuera del hogar en horario completo o definido. También permite mayor accesibilidad, ayudando a derribar las barreras estructurales que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a un empleo. El hecho de que más personas estén trabajando desde casa en medio de la crisis mundial del coronavirus nos dejará aprendizajes que sin duda marcarán cómo será el teletrabajo en el futuro del trabajo. Si este experimento mundial se implementa de manera efectiva, se demostrará por qué el teletrabajo puede ser una herramienta muy valiosa tanto para la empresa como para el trabajador. (BID, 2019)

El gran cuestionamiento se refiere al papel del empleador para suplir la deficiencia de conectividad en el domicilio del trabajador y que este pueda desempeñarse de manera apropiada, como si estuviera ejecutando sus labores desde casa. En estos casos, y aun cuando la norma no lo requiera, en caso del trabajo remoto o del *home office*, el empleador debería asegurar que sus teletrabajadores laboren en condiciones adecuadas en sus instalaciones.

Como se señaló, el trabajo remoto califica como una alternativa flexible al teletrabajo, aunque en esencia son lo mismo: ejecución de una actividad a distancia empleando herramientas tecnológicas.

Conviene señalar que, de acuerdo con expertos, se deben seguir las siguientes recomendaciones para teletrabajar de manera más efectiva y menos estresante:

- 1) Aprovechar el tiempo para el autoconocimiento, identificar fortalezas y puntos de mejora.
- 2) Aceptar cualquier estado emocional que se experimente.
- 3) Cuidar el lenguaje, comunicarse de manera asertiva.
- 4) Calmar la mente y relajar el cuerpo.
- 5) Crear y practicar rutinas.
- 6) Felicitar a uno mismo, reconocer el avance desde el primer día de confinamiento (La Vanguardia, 2020).

Con creatividad y algo de esfuerzo, más empresas podrán incorporar al teletrabajo como un mecanismo apropiado para que su personal preste servicios de manera remota.

## Referencias

Asociación Española de Teletrabajo. (2002). Situación y problemática global del teletrabajo. El e-trabajo: propuestas de solución. En [http://www.telecentros.info/pdfs/probl\\_gral\\_teletrab.pdf](http://www.telecentros.info/pdfs/probl_gral_teletrab.pdf). Acceso: 21 de mayo de 2020.

Banco Interamericano de Desarrollo. (2019). El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe. En <https://www.iadb.org/es/trabajo-y-pensiones/el-futuro-del-trabajo-en-america-latina-y-el-caribe>. Acceso: 21 de mayo de 2020.

CEPAL & OIT. (2020). Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19). En <https://www.cepal.org/es/eventos/lanzamiento-informe-conjunto-cepal-oit-n0-22-mayo-2020-coyuntura-laboral-america-latina>. Acceso: 22 de mayo de 2020.

Gala, C. (2001). Teletrabajo y sistema de seguridad social. *Revista Relaciones Laborales*, año XVII, N.º 15/16. Madrid: Editorial La Ley.

La Vanguardia. (2020). ¿Cómo trabajaremos después de la pandemia? En <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20200501/48847103907/dia-trabajadores-profesiones-demanda-despues-pandemia.html>. Acceso: 22 de mayo de 2020.



El teletrabajo llegó para quedarse: comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad

Organización Internacional del Trabajo. (2020). Tomado de [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_740038/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_740038/lang--es/index.htm) . Acceso: 21 de mayo de 2020.

Martin, M. (2006). *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: CES.

Rodríguez, F. (2001). El teletrabajo en España: ¿trabajo subordinado o autónomo? Ponencia libre del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.

Thibault, J. (2000). *El teletrabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.



# **La (in)seguridad jurídica laboral en el Perú en tiempos de pandemia**

*André Jorge Cossio Peralta*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## Introducción

El derecho, desde una perspectiva formal, es entendido como un conjunto de normas con carácter de obligatoriedad que regulan la conducta y/o el comportamiento de las personas, sean estas naturales o jurídicas.<sup>1</sup> Así, se erigen diversas normas jurídicas que —en principio— deben tener concordancia entre sí y que, entre todas, conforman el denominado sistema jurídico. La norma jurídica será obligatoria por haber sido emitida por algún órgano del Estado que, conforme a sus respectivas competencias, se encuentre facultado para dictarlas. De este modo, se construye el concepto de fuente formal del derecho como aquel procedimiento dirigido a crear, de forma válida, normas jurídicas que resultan obligatorias para la sociedad, teniendo el Estado los mecanismos de coacción para garantizar su cumplimiento (Rubio Correa, 2009).<sup>2</sup>

En nuestro sistema jurídico, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que «la Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de normas y, por lo tanto, la producción del orden normativo estatal».<sup>3</sup> De este modo, el TC reconoce a la Constitución como norma jurídica vinculante que constituye la fuente de fuentes o fuente suprema de nuestro ordenamiento; y, por ende, señala o crea los órganos encargados de la producción normativa, otorga competencias materiales, determina los procedimientos para la elaboración nor-

---

1 Ferrajoli (2014) sostiene que existe un *derecho vigente* y un *derecho viviente*. El primero compuesto por el conjunto de actos y enunciados prescriptivos producidos en el ordenamiento por las autoridades competentes para la producción de normas jurídicas; mientras que el segundo está conformado por el grupo de interpretaciones diversas que atienden a las múltiples circunstancias de hecho resueltas a través de la jurisprudencia.

2 Existe una distinción entre norma vigente y norma válida que corresponden a conceptos disímiles e interdependientes. Ferrajoli (2010) recuerda que la *vigencia* tiene relación con la forma de los actos normativos, vale decir, con la subsunción de las formas de los actos productivos de normas con los procedimientos formales para su producción y/o formación. En cambio, la *validez* está referida a la coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de naturaleza sustancial para su producción. Por ejemplo, una emisión de ley por parte del Congreso de la República que restituya la esclavitud. La norma quizá respetará las normas de producción de normas, por lo que tendrá *vigencia*, pero resultará *inválida* por resentir los principios y derechos fundamentales que recoge la Constitución.

3 Fundamento jurídico N° 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0047-2004-PI/TC.

mativa, establece los límites materiales para la elaboración normativa e impone los contenidos normativos.<sup>4</sup>

La Constitución, como bien ha reconocido el TC, recoge el sistema de fuentes que comprende los diversos tipos normativos existentes, como las normas con rango de ley y de rango reglamentario, poniendo énfasis en el órgano encargado de producir las respectivas normas. En el fundamento jurídico N° 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2004-AI/TC, el TC señaló lo siguiente: «[...] el inciso 4° del artículo 200° de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas».

En el sistema de fuentes se distingue entre las normas con rango de ley y las de rango reglamentario. Así, tenemos que dentro de las «normas con rango de ley» encontraremos aquellas «leyes», en el sentido estricto del término, vale decir, aquellas producidas por el Congreso de la República y promulgadas por el Presidente de la República; y aquellos otros dispositivos emitidos por otras entidades que tendrán rango de ley, como los decretos legislativos, decretos de urgencia, normas regionales, ordenanzas y tratados.<sup>5</sup>

Como el dictado de las leyes compete exclusivamente al Congreso de la República, las normas con rango de ley que emita el Poder Ejecutivo deben observar rigurosamente las condiciones previstas en la Constitución y los criterios desarrollados por el TC para que estas sean válidas.

Esta exigencia se sustenta en el principio de separación de poderes, en virtud del cual cada poder del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) debe actuar conforme al ámbito de sus competencias, limitándose recíprocamente y sin que exista un entorpecimiento innecesario entre ellos. De este modo, la facultad de dictar leyes compete exclusivamente al Poder Legislativo; y, en determinados supuestos concretos, el Poder Ejecutivo y otras entidades autorizadas por la Constitución podrán emitir normas con rango y fuerza de ley.<sup>6</sup>

Así, la Constitución de 1993 faculta al Poder Ejecutivo a emitir decretos de urgencia y decretos legislativos, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Los primeros pueden emitirse en dos supuestos: (i) en el período de interregno parlamentario, vale decir, durante el plazo existente entre la fecha de disolución constitucional del Congreso por parte del Presidente de la República y la fecha de-

---

4 Fundamento jurídico N° 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0047-2004-PI/TC.

5 Existe un importante debate sobre el rango legal e, incluso, supraconstitucional de los tratados que no corresponde examinar para los fines del presente trabajo.

6 Sobre este principio, el TC ha señalado que esta es la forma de organización del gobierno que se ha configurado como un Estado democrático y social de derecho, conforme a lo previsto en los artículos 3° y 43° de la Constitución. Este principio asegura que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional, sin interferir en la competencia de los otros, pero ejerciendo una función complementaria a la fuerza normativa de la Constitución como Norma Suprema del Estado. Cfr. Fundamentos jurídicos 12 a 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0005-2006-AI/TC.

instalación del nuevo congreso;<sup>7</sup> y, (ii) la dación de medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República.<sup>8</sup> Los segundos (los decretos legislativos) se expiden en mérito de las facultades delegadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo, a través de la respectiva ley autoritativa.<sup>9</sup>

El Covid-19 ha modificado la vida en sociedad en todo el mundo. Últimamente, se sostiene que este virus no desaparecerá de la humanidad y deberemos aprender a convivir con él, así como convivimos con otros tantos virus que pueden afectar gravemente nuestra salud y ocasionarnos la muerte. Sin embargo, este novedoso virus no solo está generando una grave crisis en los sistemas de salud pública de todo el mundo, sino también en la economía y, fundamentalmente, en el ámbito de las relaciones de trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020) ha estimado que en el primer semestre del año 2020 el número de horas de trabajo disminuirá en un aproximado de 4,5 %, lo que representa 130 millones de empleos a tiempo completo; 436 millones de empresas de los sectores más afectados en todo el mundo, incluyendo empleadores y trabajadores por cuenta propia, enfrentan un grave riesgo de experimentar perturbaciones. Por esta razón, la OIT considera que esta es la peor crisis mundial desde la Segunda Guerra Mundial, pues al grave problema de la salud pública se suma el hecho de que las medidas de confinamiento o aislamiento obligatorio han afectado al 68 % de la fuerza de trabajo a nivel mundial, debido a los cierres de los lugares de trabajo, lo que expone a las empresas y trabajadores por cuenta propia a que caigan en una situación de insolvencia.

Esta situación ha generado que la gran mayoría de gobiernos del mundo hayan adoptado diversas medidas para enfrentar la pandemia y tratar de mitigar o menguar los efectos que esta generará en sus respectivas economías y mercados de trabajo. Así, en muchos países se ha declarado un estado de emergencia que ha motivado que sea el Poder Ejecutivo el principal actor en la expedición de normas para afrontar la crisis sanitaria y económica que lleva consigo este virus. No obstante, en algunos países este contexto ha sido aprovechado por algunas autoridades para introducir disposiciones normativas sin la participación del Parlamento, resintiéndose así valores esenciales de la democracia.<sup>10</sup>

---

7 Artículo 135° de la Constitución de 1993: «Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale».

8 Inciso 19 del artículo 118° de la Constitución. Sobre esta disposición, se ha señalado que los decretos de urgencia no pueden versar sobre aquellas materias que gozan de reserva de ley por mandato expreso de la Constitución, como corresponde a los temas de índole tributaria (Ochoa Cardich, 2004).

9 Artículo 104° de la Constitución: «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.»

10 Por ejemplo, en el caso de Hungría, el primer ministro Víktor Orbán puede legislar de manera

En el Perú, el brote de Covid-19 generó que, durante la primera quincena del mes de marzo de 2020, el Gobierno declarase, en primer lugar, la emergencia sanitaria (ES) por un plazo de 90 días calendario<sup>11</sup> y, luego, un estado de emergencia nacional (EEN) vigente desde el 16 de marzo y que culminaría, luego de sucesivas prórrogas, el día 30 de junio de 2020.<sup>12</sup> Para enfrentar esta situación, el Poder Ejecutivo ha recurrido —principalmente— a decretos de urgencia y decretos legislativos para dictar una serie de disposiciones especiales en materia laboral, que luego han sido «precisados» por decretos supremos y comunicados institucionales. Esta legislación laboral especial ha sido creada específicamente para regular los distintos escenarios que, en este ámbito, produce la medida de aislamiento social obligatorio dispuesta por el EEN. Con estas disposiciones se ha pretendido neutralizar —y en otros casos flexibilizar— algunas de las medidas previstas en la normativa laboral vigente para supuestos que implican la suspensión o disminución de las actividades económicas de los empleadores.

Estimamos necesario recordar que, incluso en situaciones excepcionales como corresponde al brote de una pandemia en el país, las normas con rango de ley que expide el Poder Ejecutivo deben cumplir con los requisitos previstos por la Constitución y con las exigencias establecidas por el TC. De ahí que, desde nuestro punto de vista, los diversos dispositivos legales emitidos por el Poder Ejecutivo en el marco del brote del Covid-19 no pueden quedar exentos de dicho análisis, pues solamente de esta manera se garantizará el respeto y vigencia de la Constitución, y sus principios informadores como el de separación de poderes y de seguridad jurídica.

Por esta razón, en este trabajo examinaremos si las principales medidas laborales introducidas a través de los Decretos de Urgencia N° 029 (DU029) y 038-2020 (DU038), relativas a la modificación de horarios y turnos de trabajo, otorgamiento de licencia con goce de haber compensable, las medidas para garantizar la vigencia del vínculo laboral y percepción de remuneraciones, y la suspensión perfecta de labores, respectivamente, se ajustan a los requisitos formales establecidos por la Constitución y el TC.

---

indefinida por decretos supremos (ver <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/31/coronavirus-is-a-chance-for-authoritarian-leaders-to-tighten-their-grip>). En Israel, el primer ministro Benjamin Netanyahu ha autorizado a la guardia nacional a vigilar los movimientos de los ciudadanos a través de los teléfonos celulares (ver: <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html>). Práctica similar se ha introducido en China, Corea del Sur y Rusia (ver <https://www.hrw.org/news/2020/04/03/how-authoritarians-are-exploiting-covid-19-crisis-grab-power>).

11 La emergencia sanitaria fue declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado en edición extraordinaria del diario oficial *El Peruano* del día 11 de marzo de 2020 y ha sido ampliada hasta el 7 de setiembre mediante Decreto de Urgencia N° 020-2020-SA.

12 El estado de emergencia nacional fue declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado en edición extraordinaria del diario oficial *El Peruano* del día 15 de marzo de 2020, y ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones. La última de estas ampliaciones se ha efectuado a través del Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 23 de mayo de 2020.



## 1. La seguridad jurídica como principio constitucional

Sagués (1997) define la seguridad jurídica como el mecanismo que permite predecir situaciones jurídicas y que estas tengan un curso estable, con el objetivo de controlar y neutralizar los riesgos que enfrenta el sistema jurídico. Para este autor, existen tres niveles de seguridad jurídica, y en el tercer y último nivel de este principio se pretende garantizar el quién, cómo y el qué del comportamiento de los sujetos jurídicos, para que así exista un mínimo de razonabilidad, legitimidad o justicia en dichos comportamientos.

Rodríguez (2007) sostiene que en un Estado de derecho las normas jurídicas deben ser claras, completas y precisas, pues de esa forma se garantiza el respeto al principio de seguridad jurídica. Este principio, acota este autor, demanda que las normas sean transparentes y así los ciudadanos puedan conocer a qué disposiciones atenerse, pues, de otro modo, cuando se genera confusión o se enturbia deliberadamente el régimen jurídico mediante la introducción de disposiciones en la parte final de la norma, se resiente notablemente la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es uno de los principios inmanentes a la Constitución; es decir, aquellos que no están señalados de manera expresa, pero constituyen un pilar esencial para la construcción del Estado social y democrático de derecho, el cual corresponde al modelo de Estado sobre el cual se erige nuestro país. El TC señala que la seguridad jurídica no está reconocida de manera expresa en la Constitución, pero este hecho no merma su condición de ser un principio de rango constitucional que forma parte consustancial del Estado constitucional de derecho, el cual permite la predictibilidad de las conductas frente a supuestos previamente determinados por el derecho, lo que representa una garantía que irradia a todo el ordenamiento y consolida la interdicción de la arbitrariedad.<sup>13</sup>

La seguridad jurídica, como principio constitucional, no puede ser entendida como una forma rígida absoluta que limita la facultad del legislador de emitir reglas que se adecúen con la dinámica de la sociedad. Por esta razón, el TC refiere que la seguridad jurídica no resulta incompatible con la potestad de introducir normas que se amolden al desarrollo de la sociedad, pero esta exige que cuando el legislador efectúe modificaciones en las normas existentes, tiene que considerar sus efectos entre sus destinatarios, encontrándose prohibido de realizar variaciones irrazonables o arbitrarias.<sup>14</sup>

No obstante, el principio de seguridad jurídica demanda que las modificaciones que se introduzcan en el ordenamiento jurídico se sujeten a las normas formales de producción jurídica; vale decir, respetando, en un primer término, el mecanismo de producción de la norma prevista en la Constitución para, así, ser válida; y, en un segundo término, sustancial, observando los principios y derechos que esta garantiza. Ferrajoli (2010) precisamente sostiene que constituye un rasgo esencial del Estado constitucional de derecho que este se sujete tanto a normas formales como sustanciales de derecho positivo, siendo que las primeras regulan la forma de pro-

13 Cfr. fundamentos jurídicos N° 2 al 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2002-AI/TC.

14 Cfr. fundamento jurídico N° 17 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00010-2004-PI/TC.

ducción jurídica, mientras que las segundas recogen normativamente los principios y los valores de la Constitución, como el principio de igualdad y la garantía de los derechos fundamentales.

## **2. Requisitos constitucionales para la expedición de decretos de urgencia y decretos legislativos**

### **2.1. Requisitos constitucionales de los decretos de urgencia dictados bajo los alcances del inciso 19° del artículo 118° de la Constitución**

Landa Arroyo (2003) nos recuerda que la facultad del Presidente de la República de emitir decretos de urgencia fue introducida en el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución Política del Perú de 1979, pues esta señalaba que aquel tenía la potestad de «dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso». El referido autor contabilizó que durante la vigencia de la Constitución de 1979 se expidieron 2262 decretos de urgencia.

Con relación a los requisitos que debían observarse para la emisión de decretos de urgencia durante la vigencia de la Constitución de 1979, García Belaunde (1996) sostuvo, de un lado, que las medidas debían ser extraordinarias, vale decir, solo para situaciones extremas e imprevisibles; y, del otro, que la materia estaba circunscrita al ámbito económico y financiero, en el sentido estricto del término, sin que puedan regularse otras materias que tengan relación conexas con dichas dos materias. Para este autor, lo económico y financiero debía ser lo principal y no lo accesorio, pues de otro modo todo podría ser reconducido a dicha materia y así se podrían afectar derechos fundamentales.

Landa (2003), con relación a lo previsto en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución de 1993, señaló que los conceptos de «carácter extraordinario», «interés nacional» y «materia económica y financiera» que contiene dicho dispositivo hacen referencia a supuestos abiertos que permiten su uso discrecional por parte del Presidente de la República. Estos conceptos abiertos exigían una interpretación del TC, con el fin de circunscribir la facultad discrecional del Poder Ejecutivo.

En los fundamentos jurídicos N° 59, 60 y 61 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, el TC ha tenido oportunidad de establecer cuáles deben ser los requisitos formales que debe observar un decreto de urgencia expedido al amparo del inciso 19° del artículo 118 de la Constitución; a saber:

- (i) Especialidad. Solo debe versar sobre materia económica y financiera; en virtud del principio de separación de poderes, la materia debe ser el contenido y no el continente de la disposición, vale decir, la finalidad de la disposición tiene que estar referida a dichas materias, quedando proscrito por mandato de la Constitución todo lo referido a la materia tributaria.
- (ii) Excepcionalidad. Debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, sustentadas en datos fácticos anteriores a la promulgación y clara-

mente identificables. Este análisis compete a los órganos políticos, quienes, con un razonable margen de discrecionalidad, deben determinar cuándo la situación requiere el dictado de una norma.

- (iii) Necesidad. Las circunstancias concretas deben determinar que el tiempo que demore el trámite parlamentario regular para el dictado de una ley pueda impedir la prevención de los daños o que estos terminen siendo irreparables.
- (iv) Transitoriedad. No deben mantener vigencia más allá del tiempo necesario para revertir la coyuntura adversa.
- (v) Generalidad. Debe justificarse en el «interés nacional», vale decir, en beneficio de toda la comunidad y no para proteger intereses determinados.
- (vi) Conexidad. Debe existir una inmediata conexión entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias que justificaron la emisión de la norma. Las disposiciones de la norma deben modificar de manera instantánea la situación jurídica existente, de modo tal que las medidas extraordinarias y los beneficios que prevea el decreto de urgencia surjan del mismo contenido de la norma, y no de acciones diferidas en el tiempo ni, mucho menos, de delegación de facultades normativas. De lo contrario, estas circunstancias resultarían incongruentes con la situación de urgencia y excepcionalidad que pregonaba el dispositivo legal.

Con relación al requisito (i), debemos acotar que, de un lado, el inciso 'c' del artículo 91° del Reglamento del Congreso de la República<sup>15</sup> ha circunscrito la materia económica y financiera a «[...] situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas»; de otro, el artículo 11.2 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, dispone la misma exigencia, es decir, que en la exposición de motivos de los proyectos de decretos de urgencia se deben explicitar las circunstancias extraordinarias e imprevisibles que, de extenderse, ponen en peligro la economía nacional o las finanzas públicas.

Como se observa, de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente, que en términos del TC conforma un bloque de constitucionalidad,<sup>16</sup> no cualquier circunstancia extraordinaria e imprevisible faculta al Presidente de la República a que expida decretos de urgencia en materia económica y financiera, sino solo aquella

---

15 El Reglamento del Congreso de la República tiene fuerza de ley, conforme a lo previsto en el artículo 94° de la Constitución. Inclusive, en el fundamento jurídico N° 24 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC, el TC ha señalado que dicho reglamento no solo tiene fuerza de ley, sino también tiene naturaleza de ley orgánica.

16 El TC ha señalado que las normas que conforman el bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización de los órganos y organismos constitucionales. Así, el TC acota que en este bloque se encuentran aquellas fuentes con rango de ley que surgen de la propia Constitución y que asumen la condición de normas sobre la producción jurídica en dos sentidos; es decir, condiciona el procedimiento de elaboración de otras fuentes del mismo rango y sobre el contenido de la normación. En tal virtud, podrá calificar determinada actuación estatal como legítima o ilegítima, en función de si el titular responsable ha actuado dentro del marco del bloque de constitucionalidad o fuera de él. Cfr. Fundamentos jurídicos N° 5 al 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00046-2004-AI/TC.

que, de extenderse, represente un grave peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Estos son, pues, los requisitos formales que debe observar cualquier decreto de urgencia dictado bajo los alcances del inciso 19° del artículo 118° de la Constitución para que, de este modo, sea constitucional.

## **2.2. Requisitos constitucionales de los decretos legislativos**

Como ya se ha señalado, el decreto legislativo se encuentra limitado a lo previsto por la Constitución y a lo expresamente indicado en la respectiva ley autoritativa dictada por el Congreso de la República. El TC sostiene que pueden darse dos supuestos que determinen la inconstitucionalidad formal de los decretos legislativos, ya sea porque exceda la materia expresamente delegada, o porque la ley autoritativa delegue una materia prohibida.<sup>17</sup>

## **3. Análisis formal de la legislación laboral emitida en el contexto del brote de Covid-19: los Decretos de Urgencia N° 029-2020 y 038-2020**

El día 16 de marzo de 2020 se instaló formalmente el nuevo Congreso de la República por el período 2020-2021<sup>18</sup> y, en consecuencia, finalizó el período de interregno parlamentario que facultaba al Presidente de la República a expedir decretos de urgencia, bajo los alcances del artículo 135° de la Constitución. De este modo, el último decreto de urgencia emitido en virtud de dicha prerrogativa fue el Decreto de Urgencia N° 026-2020, el cual se expidió el día 15 de marzo de 2020 y fue publicado en edición extraordinaria del diario oficial *El Peruano*.

Precisamente, el Decreto de Urgencia N° 026-2020 incorporó la modalidad de trabajo remoto como una forma de prestación de servicios en el ámbito laboral que permita la continuidad de las actividades de los trabajadores que deban acatar el aislamiento social obligatorio y no estén vinculados al desarrollo de actividades esenciales. Esta modalidad fue creada especialmente para afrontar el período de aislamiento social obligatorio y durante el período que se extienda la emergencia sanitaria por el brote de Covid-19, con el objetivo de flexibilizar las exigencias formales correspondientes a la modalidad de teletrabajo, la cual se encuentra regulada en la Ley de Teletrabajo, Ley N° 30036 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2015-TR.<sup>19</sup>

Este decreto de urgencia, desde una perspectiva formal, no presenta problemas de constitucionalidad, debido a que se expidió cuando todavía no se había instalado el Congreso de la República. Sin embargo, esta no es la situación que

---

17 Ver F.J. de la sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC.

18 Conforme a los artículos 11° y 12° del Reglamento del Congreso de la República, este se considera instalado una vez que se ha elegido a la Mesa Directiva del nuevo Congreso, sesión que se realizó el día 16 de marzo.

19 Esta modalidad requiere que exista acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador para que pueda implementarse. En cambio, el trabajo remoto puede ser asignado por el empleador de forma unilateral.

acompañó la dación de los decretos de urgencia expedidos a partir del día 16 de marzo de 2020.

Para los propósitos de este trabajo, solo nos concentraremos en el DU029, que habilitó la modificación de turnos y horarios de la jornada laboral y el otorgamiento de licencia con goce de haber con carácter compensable para los trabajadores que no están comprendidos en el grupo de riesgo<sup>20</sup> y que no puedan realizar trabajo remoto; y, el DU038 que incorporó un supuesto *ad hoc* de suspensión perfecta de labores, así como la regulación del otorgamiento de determinadas medidas por parte de los empleadores para la preservación de los empleos.

Así mismo, nos referiremos a las normas reglamentarias o documentos emitidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) que «desarrollaron» el contenido de los referidos decretos de urgencia.

### **3.1. En función de la especialidad: la materia económica financiera**

#### *a) El Decreto de Urgencia N° 029-2020*

Este decreto de urgencia fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 20 de marzo de 2020. En los considerandos de este dispositivo legal se señaló que era necesario el dictado de medidas financieras a favor de las micro y pequeñas empresas, pues este sector se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente al acceso de financiamiento que limita la mejora de sus niveles de productividad. Por esta razón, se detalla en los considerandos que «[...] resulta necesario establecer medidas extraordinarias, en materia económica y financiera, que promuevan su financiamiento».

Seguidamente, en el último considerando de este DU se detalló:

Que, de otro lado, habiéndose detectado casos confirmados de la enfermedad causada por el virus del COVID-19 en el territorio nacional y existiendo riesgos de su alta propagación, resulta necesario establecer medidas extraordinarias que permitan adoptar las acciones preventivas, de respuesta y de financiamiento para reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario [...] *que de no adoptarse podrían afectar la economía nacional y con ello el cumplimiento de las metas fiscales previstas para el presente año fiscal.* (Cursivas nuestras)

En el artículo 1° de este decreto de urgencia se procedió a detallar el objeto, el cual consistía en: (i) establecer medidas extraordinarias en materia económica y financiera, que promuevan el financiamiento de las micro y pequeñas empresas

---

20 La Autoridad de Salud ha definido que este comprende a aquellas personas que presentan características individuales asociadas a mayor riesgo de complicaciones por COVID-19 por factores relativos a la edad, y quienes presenten comorbilidades, como hipertensión arterial, diabetes mellitus, enfermedades cardiovasculares, asma, enfermedad pulmonar crónica, insuficiencia renal crónica, cáncer, obesidad u otros estados de inmunosupresión. Cfr. punto 6.1.10 de «Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los Trabajadores con Riesgo de Exposición a Covid-19», modificado, en primer término, por la Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA de fecha 7 de mayo de 2020, y, recientemente, modificado por la Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 13 de mayo de 2020.

(MYPE); y, (ii) establecer medidas que permitan adoptar acciones preventivas de respuesta y de financiamiento, para reducir el riesgo de propagación y del impacto sanitario del COVID-19. Hasta aquí podemos advertir, desde un punto de vista formal, que todas las materias indicadas en el punto (ii) se encuentran fuera del ámbito económico y financiero que exige el inciso 19° del artículo 118° de la Constitución.

Así, y en el caso de las medidas laborales aplicables al régimen laboral de la actividad privada contempladas en los artículos 25° y 26° de este decreto de urgencia, estas se encuentran comprendidas en el Título III relativo a las «Medidas para Reducir el Riesgo de Propagación del Covid-19». La regulación prevista en los referidos artículos se circunscribe únicamente a aspectos de índole laboral, pues regula las acciones que los empleadores podían adoptar respecto del personal que debía continuar ejecutando sus funciones por desarrollar labores esenciales y las alternativas para aquellos trabajadores que no se encontraban dentro del grupo de riesgo y que, por la naturaleza de sus actividades, no era posible asignarles trabajo remoto.

En rigor, dichos artículos permitieron la facultad del empleador de modificar turnos y horarios durante la vigencia de la emergencia sanitaria, y el otorgamiento de una licencia con goce de haber con carácter compensable a aquellos trabajadores que, por la naturaleza de sus actividades, no se les podía asignar trabajo remoto. Resulta evidente que estas disposiciones no tienen relación con las materias económicas y financieras a las que se refiere el inciso 19° del artículo 118° de la Constitución. Más aún, no se verifica cómo la no adopción de estas dos medidas comprometería la economía nacional y las finanzas públicas, conforme a las exigencias que prevé el artículo 91° del Reglamento del Congreso de la República y el artículo 11.2 del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

Por consiguiente —y, reiteramos, desde una perspectiva formal—, los artículos 25° y 26° del DU029 serían inconstitucionales, por haberse dictado medidas de índole laboral que no se sustentan en el supuesto habilitante que prevé nuestra Constitución para que el Poder Ejecutivo pueda emitir de forma válida una norma con rango de ley que regule tales materias.

#### b) *El Decreto de Urgencia N° 038-2020*

Este decreto de urgencia fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 14 de abril de 2020; es decir, aproximadamente un mes después desde la fecha de instalación del nuevo Congreso de la República. Por esta razón, la justificación constitucional de la emisión de este dispositivo legal fue —nuevamente— el inciso 19° del artículo 118° de la Constitución, referido a las medidas extraordinarias en materia económica y financiera.

En este decreto de urgencia se incorporaron una serie de disposiciones estrictamente laborales, las que fueron denominadas «medidas para preservar el empleo de los trabajadores», entre las que se encuentran la dación de diversas alternativas que podían adoptar aquellos empleadores que no podían otorgar la licencia con goce de haber ni de trabajo remoto a sus trabajadores, sea por la naturaleza de las actividades desempeñadas o el grado de afectación económica que les ha generado el



período de aislamiento social obligatorio decretado por el Estado.<sup>21</sup>

Así, se habilitó que los empleadores puedan adoptar todas las medidas que resulten necesarias para mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con el personal. De forma excepcional, los empleadores podrían aplicar la suspensión perfecta de labores, para lo cual debían exponer los motivos que la sustentan a través de una declaración jurada según formato anexo al decreto de urgencia.

Consideramos, de un lado, que si bien todas las medidas podrían reconducirse en último término a la materia económica y financiera, en el caso concreto de las señaladas en los artículos 3° y 4° de este dispositivo no se advierte que, en rigor, aquellas estén referidas a dichas materias. Por el contrario, se trata de medidas de estricto corte laboral y, más aún, no se ha justificado de forma adecuada cómo la aplicación de tales medidas podría garantizar la estabilidad económica nacional y las finanzas públicas.<sup>22</sup>

Por otra parte, existe un aspecto de especial relevancia que no puede soslayarse y que permitiría concluir que este decreto de urgencia presenta serios defectos que comprometen su constitucionalidad. Así, debe advertirse que el día 26 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo, a través del Oficio N° 029-2020-PR, de fecha 25 de marzo, remitió al Congreso de la República el Proyecto de Ley que Delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de Legislar en Diversas Materias para la Atención de la Emergencia Sanitaria Producida por el COVID-19.

Con relación a las materias laborales, el Poder Ejecutivo solicitó de manera expresa que se le deleguen las siguientes facultades:

Artículo 2°.- Materias de la delegación de facultades legislativas

La delegación de facultades a las que se refiere el artículo 1° de la presente Ley comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

5) En materia de trabajo y promoción del empleo, *con la finalidad de garantizar*

21 Cfr. artículos 3° y 4° del Decreto de Urgencia N° 038-2020.

22 Cabe destacar que durante la elaboración del presente trabajo el grupo parlamentario del Partido Morado ha presentado el Proyecto de Ley N° 5175/2020-CR, en el que propone la modificación de los artículos 3° y 4° del Decreto de Urgencia N° 038-2020. En la exposición de motivos de dicho proyecto de ley se señala que tales artículos sí corresponden a materias económicas y financieras que inciden sobre la economía nacional y las finanzas públicas. Por nuestra parte, discrepamos de dicho criterio y reiteramos que no se advierte una clara vinculación entre las referidas medidas y cómo su no adopción pueda comprometer la economía nacional y las finanzas públicas. El Congreso de la República, a través de la Comisión de Constitución, cuenta con un plazo de 15 días hábiles para efectuar el control político de los decretos de urgencia expedidos bajo el alcance del inciso 19° del artículo 118° de la Constitución, conforme a lo previsto en el inciso 'b' del artículo 91° del Reglamento del Congreso. En este sentido, y teniendo en cuenta que el Decreto de Urgencia N° 038-2020 fue emitido el día 14 de abril de 2020, a la fecha de presentación del referido proyecto de ley (12 de mayo de 2020) ya había transcurrido el plazo para que el Congreso de la República realice el control político. Este hecho explica la presentación de la iniciativa legislativa, bajo el argumento de que el Reglamento del Congreso no impide que un congresista pueda presentar un proyecto de ley para modificar un decreto de urgencia. No obstante, estimamos que acudir a esta alternativa desvirtúa el procedimiento de control político establecido en el propio Reglamento del Congreso.

*y fiscalizar la protección de los derechos sociolaborales de los trabajadores en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19. (Cursivas nuestras)*

De la disposición citada se advierte con meridiana claridad que el Poder Ejecutivo solo solicitó facultades legislativas en materia laboral para regular aspectos específicos vinculados a la garantía de los derechos laborales y su respectiva fiscalización, mas no así para otras materias. El día 28 de marzo de 2020 se publicó la respectiva ley autoritativa, Ley N° 31011, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar diversas materias, entre las que se encontraban los citados tópicos de índole laboral.

Este hecho de orden constitucional impedía que el Poder Ejecutivo, a pesar de ya contar con las facultades delegadas a través de la Ley N° 31011, pueda emitir decretos legislativos en materia de trabajo y promoción del empleo que no se ciñan rigurosamente a las facultades delegadas en la mencionada ley autoritativa. De ahí que se expliquen las razones por las cuales el Poder Ejecutivo haya tenido que recurrir a la emisión de un decreto de urgencia bajo los alcances del inciso 19° del artículo 118° de la Constitución, y así regular otras materias de corte laboral que no se sujetan a las facultades expresamente otorgadas por el Congreso de la República.

Esta limitación constitucional permitiría evidenciar que el Poder Ejecutivo debía señalar en los considerandos del DU038 alguna razón que vincule las medidas aprobadas en este dispositivo, como parte de un paquete de acciones económicas y financieras necesarias para garantizar la economía nacional y las finanzas públicas. No obstante, y como veremos más adelante, aquellas corresponden a disposiciones de exclusivo carácter laboral. De este modo, se verificaría la infracción constitucional del DU038 desde una perspectiva formal.

### **3.2. «Necesidad» de los decretos de urgencia 029-2020 y 038-2020: la renuencia a aplicar la legislación vigente del régimen laboral común de la actividad privada**

En la citada sentencia recaída en el Expediente N° 0708-2005-AA/TC, el TC esbozó los criterios para determinar la constitucionalidad de los decretos de urgencia dictados bajo el amparo del inciso 19° del artículo 118° de la Constitución.

Por un lado, dentro de los requisitos formales se precisó que los decretos de urgencia deben observar el requisito de necesidad; vale decir, que las circunstancias extraordinarias que motivan su expedición son tan urgentes que transitar por el procedimiento regular de dictado de una ley impediría la prevención de los daños que tal situación pueda generar o que los mismos sean irreparables. Por el otro, y como parte de los requisitos materiales que deben observar estos decretos de urgencia, el TC sostuvo que resulta necesario que tales dispositivos sean sometidos al *test* de proporcionalidad, en el que también se realiza un examen de necesidad; es decir, si las medidas adoptadas resultan ser las únicas posibles para cumplir con las finalidades señaladas en el dispositivo legal. En el fundamento jurídico N° 9 de la acotada sentencia, el TC señaló:



[...] En efecto, además de que las medidas o decisiones a adoptarse no solo tengan por qué tener un carácter ordinario, sino excepcional, y, además de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental pueda por sí sola legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas [...] *debe deducirse si, en efecto, ellas eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos. En otros términos, se trata de practicar el consabido test de proporcionalidad en la verificación de la constitucionalidad, o no, de la decisión o decisiones adoptadas.* (Cursivas nuestras)

Así, en este análisis de la constitucionalidad de los decretos de urgencia se efectúa una revisión de la necesidad desde dos perspectivas: una formal, referida a la relación temporal entre la urgencia y el curso regular del trámite de producción de una ley en el Congreso de la República, y otra de índole material, en el sentido de si las medidas adoptadas resultaban las únicas posibles para alcanzar la finalidad prevista en el decreto de urgencia.

Examinemos resumidamente el cumplimiento de estos requisitos en los DU029 y DU038.

#### a) *Decreto de Urgencia N° 029-2020*

Consideramos que en este decreto de urgencia no se verifica el cumplimiento del requisito de necesidad desde la perspectiva formal y material.

En efecto, de un lado, advertimos que el Presidente de la República podría haber presentado una iniciativa legislativa al Congreso de la República, indicando de manera expresa que esta tiene que tramitarse con carácter de urgencia, conforme a la prerrogativa prevista en el artículo 105° de la Constitución.<sup>23</sup> Más aún, y como bien se acota en el Proyecto de Ley N° 5175-2020-CR, se han presentado datos fácticos que revelan una actuación particularmente cèlere de las iniciativas legislativas presentada por el Poder Ejecutivo, tales como el Proyecto de Ley N° 4895/2020-PE de delegación de facultades que fue aprobado al día siguiente de su remisión al Congreso, así como el Proyecto de Ley N° 0497/2020-PE, concerniente al control simultáneo y concurrente durante la emergencia sanitaria, el cual se transformó en ley en tan solo nueve días.<sup>24</sup>

En este sentido, se advierte una celeridad de respuesta por parte del Congreso de la República, de tal forma que la emisión de este decreto de urgencia no podría justificarse en la generación de un daño irreparable, en caso se hubiese esperado el tiempo regular del procedimiento de expedición de una ley. Incluso, el Poder Ejecutivo, una vez instalado el Congreso de la República, podría haber presentado una

---

23 El artículo 105° de la Constitución establece que «ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia».

24 Cfr. p. 7 del Proyecto de Ley N° 5175/2020-CR de fecha 12 de mayo de 2020.

iniciativa legislativa de delegación de facultades para que así pueda emitir decretos legislativos que regulen aspectos estrictamente vinculados a la problemática laboral generada por el brote de Covid-19. En su lugar, se prefirió recurrir a un decreto de urgencia que solo requiere la remisión de un oficio al Congreso de la República dentro de las 24 horas siguientes de su publicación para dar cuenta de los motivos que justifican su emisión.

Por otro lado, y con relación a la facultad de modificar turnos y horarios de trabajo durante la emergencia sanitaria, así como el otorgamiento de licencia con goce de haber compensable para aquellos trabajadores a quienes no se les podía asignar trabajo remoto, ¿existían otras medidas alternativas o similares en la legislación laboral vigente?

### ***La modificación de horarios y turnos de trabajo***

Las empresas y/o empleadores que continuaron operando desde la fecha de la declaratoria de emergencia nacional tenían que adecuarse a las restricciones a la libertad de tránsito establecidas por el Poder Ejecutivo en los decretos supremos N° 044-2020-PCM y N° 046-2020-PCM, debido a la inmovilización social obligatoria prevista desde las 20:00 horas hasta las 5:00 horas del día siguiente.<sup>25</sup> Era evidente, entonces, que los empleadores debían ejecutar alguna modificación en sus horarios y turnos de trabajo, con el objeto de respetar las nuevas condiciones que regirían durante el EEN.

En la legislación laboral vigente, el horario de trabajo está definido como el período de ingreso y salida del personal en cada centro de labores. Así, el literal 'e' del inciso 1° del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR (en adelante, Ley de Jornada de Trabajo), así como el artículo 6° de dicho dispositivo, prevén que constituye una facultad del empleador fijar el horario de trabajo de su personal, por lo que este tiene la potestad de modificarlo sin alterar el número de horas trabajadas.

Así, la modificación colectiva del horario de trabajo puede disponerse por decisión unilateral del trabajador; e inclusive si esta implica una variación superior a una hora, y la mayoría de los trabajadores no estuviera de acuerdo, la medida se aplica pero estos tendrán la posibilidad de cuestionar la medida ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. En efecto, el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR, precisa que el empleador puede ejecutar de manera unilateral esta modificación, sin que se requiera una negociación previa y obligatoria con el personal involucrado.<sup>26</sup>

---

25 El artículo 4.2 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, precisó que dicho aislamiento no aplicaba para el personal estrictamente necesario que participa en la prestación de los servicios de abastecimiento de alimentos, salud, medicinas, continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustibles, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, y transporte de carga y mercancías y actividades conexas.

26 El artículo 4° del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo expresamente dispone que: «las mo-

Sobre la base de la Ley de Jornada de Trabajo, consideramos que el empleador sí estaba habilitado a introducir de manera unilateral modificaciones en los horarios de trabajo del personal, con el objeto de adecuarse a las restricciones a la libertad de tránsito previstas por el Poder Ejecutivo. En otras palabras, a través de un mecanismo previsto en la vigente Ley de Jornada de Trabajo, se alcanzaba la misma finalidad que —entendemos— persigue el artículo 25° del Decreto de Urgencia N° 029-2020, toda vez que este último también faculta al empleador a introducir modificaciones en el horario de trabajo, sin que sea necesaria la anuencia del personal, vale decir, sin que se requiera acuerdo con los trabajadores involucrados.

Por su parte, la introducción o establecimiento de turnos de trabajo rotativos que se adapten a las necesidades de la empresa o de los empleados está sujeta al procedimiento de negociación obligatoria con el personal, conforme a lo dispuesto en el literal 'd' del artículo 2.1 y el artículo 2.2 de la Ley de Jornada de Trabajo. No obstante, en caso se presente un supuesto de fuerza mayor o un hecho fortuito, el artículo 7° del Reglamento de la Ley de Jornada exonera al empleador de realizar la negociación obligatoria con el personal, siendo únicamente necesaria la aceptación por escrito de los trabajadores involucrados para la implementación de la medida.

La pandemia generada por el brote de Covid-19 constituye lo que en nuestro ordenamiento y a nivel internacional se conoce como hecho fortuito o «*act of god*» de carácter imprevisible e irresistible, pues la situación no se produjo por fuerza o hecho de un tercero, sino por un acto de la naturaleza. A su vez, las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo relativas a la declaratoria del EEN y las restricciones a la libertad de tránsito calificarían como un acto de fuerza mayor. Precisamente, la fuerza mayor se ha entendido como un hecho generado por un tercero ajeno a la relación contractual, tal y como ha sido recogido en la Casación 3477-2002-CALLAO emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.<sup>27</sup>

El hecho fortuito o la fuerza mayor ha sido regulado en el Código Civil como un supuesto eximente de responsabilidad ante la inejecución total, parcial, tardía o defectuosa de una obligación. Así, el artículo 1315° del Código Civil prevé que

---

dificaciones que se introduzcan en los horarios de trabajo de acuerdo a lo establecido en el literal e), del inciso 1° del artículo 2° de la Ley, se regirán por el procedimiento establecido en el artículo 6° de la Ley». Cabe acotar que todas las demás modificaciones que el empleador pueda realizar respecto a la jornada y turnos de trabajo se sujetan a un procedimiento de consulta y negociación obligatoria con los trabajadores involucrados en la medida, el cual implica comunicar la medida con 8 días de anticipación al sindicato o a los representantes de los trabajadores, o, en su defecto, a los trabajadores involucrados en la medida, explicando las razones que la sustentan. Se efectúan reuniones con el empleador a solicitud de los trabajadores y, ante la falta de acuerdo, el empleador puede adoptar la medida, sin perjuicio de que el personal puede impugnar la decisión ante la Autoridad Administrativa de Trabajo en el plazo de 10 días hábiles (cfr. artículo 2.2. de la Ley de Jornada de Trabajo).

27 En esta casación se señaló que «[...] el caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales (hecho de Dios); en cambio la fuerza mayor involucra actos de terceros como los atribuibles a la autoridad (hecho del príncipe). Ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor e independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa».

«caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

En el ámbito laboral, el caso fortuito y la fuerza mayor han sido regulados como supuestos que habilitan la suspensión perfecta de los contratos de trabajo, y no expresamente para un supuesto de modificación de jornada y turnos de trabajo. No obstante, consideramos que la regulación de dicha causal aplicable a la suspensión perfecta de los contratos de trabajo también permite tener un marco de referencia para su verificación en un supuesto de modificación de jornada y turnos de trabajo.

Para este efecto, se recurrirá al artículo 21° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR (en adelante, Reglamento de la LPCL), el cual prevé que se configura el hecho fortuito o la fuerza mayor cuando «[...] el hecho invocado tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible [...]».

En este sentido, si en el contexto de la emergencia nacional y sanitaria por el brote del Covid-19 un empleador requería introducir turnos rotativos en su centro de trabajo, solo necesitaba la aceptación por escrito de los trabajadores, toda vez que se habría verificado un hecho fortuito (la pandemia generada por el Covid-19) y una fuerza mayor (las restricciones a la libertad de tránsito establecidas por el Poder Ejecutivo) que resultan extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. El empleador, por tanto, estaría habilitado a introducir unilateralmente turnos rotativos en el centro de trabajo, medida que solo estaría sujeta a una aceptación por escrito del personal involucrado, y no al procedimiento de negociación previa y obligatoria con el personal. Prácticamente, se trataría de una modificación «semi» unilateral condicionada a la aceptación del personal.

Esta sería, pues, la diferencia que existe entre la introducción de turnos rotativos prevista en el artículo 25° del Decreto de Urgencia N° 029-2020 y la que recoge el literal 'd' del artículo 2.1 de la Ley de Jornada de Trabajo. La primera es una modificación unilateral que no está sujeta a la aceptación del personal involucrado, mientras que la segunda sí requiere aceptación por escrito.

Si bien la diferencia anotada permitiría justificar la necesidad de habilitar una modificación unilateral del empleador de los turnos de trabajo de su personal, estimamos que las circunstancias excepcionales y particulares generadas por el brote de Covid-19 y las restricciones a la libertad de tránsito ordenadas por el Poder Ejecutivo permitirían persuadir al personal para que acepten una eventual variación de sus turnos de trabajo, bajo los alcances de lo previsto en el inciso 'd' del artículo 2.1 de la Ley de Jornada de Trabajo.

Por consiguiente, consideramos que recurriendo a los mecanismos previstos en la Ley de Jornada de Trabajo y su Reglamento se podría haber alcanzado similares o iguales objetivos a los que apuntan la modificación de horarios y turnos de trabajo introducida mediante el artículo 25° del Decreto de Urgencia N° 029-2020. En estas medidas, por lo tanto, no se verificaría el requisito de necesidad en sentido material.

### ***La licencia con goce de haber con carácter compensable para los trabajadores no comprendidos dentro del grupo de riesgo***

La licencia con goce de haber, en términos comunes, constituye la exoneración del trabajador de cumplir con su obligación principal, es decir, la de prestar servicios para su empleador; y este último no quedará exonerado de su obligación de abonar la retribución correspondiente. Se produce, entonces, lo que nuestra legislación define como suspensión imperfecta del contrato de trabajo: se suspende la obligación principal del trabajador, pero no la del empleador de pagar las remuneraciones de sus trabajadores.

El artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL) recoge tanto la suspensión perfecta como la suspensión imperfecta del contrato de trabajo y la regula de la siguiente manera:

Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.

Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Pasco Cosmópolis (1997) recordaba que la suspensión del contrato de trabajo constituye un paréntesis en la dinámica del contrato de trabajo que, en virtud de una causa justificada, permite paralizar temporalmente su ejecución, sin que este hecho afecte su subsistencia, de modo tal que tanto el trabajador como el empleador —en determinados supuestos— queden exonerados del cumplimiento de sus obligaciones esenciales. Con relación a la causa justificada, el mismo autor sostenía que esta no necesariamente debía estar contemplada en la ley, sino que podía sustentarse en otras fuentes, tales como la convención colectiva, el contrato individual de trabajo o el simple acuerdo entre las partes.

En el caso de las suspensiones imperfectas del contrato de trabajo, nuestra legislación ha previsto en el artículo 12° de la LPCL supuestos concretos que importan la cesación de la obligación principal del trabajador, pero no la obligación del empleador de pagar la remuneración convenida. Así, encontraremos la invalidez temporal por los primeros 20 días de incapacidad para el trabajo (inciso ‘a’), el descanso vacacional (inciso ‘d’), el permiso y la licencia para desempeño de cargos sindicales (inciso ‘f’), el permiso o licencia concedidos por el empleador (inciso ‘k’), y otros previstos por ley expresa (inciso ‘ll’).

En resumen, hasta el día 20 de marzo de 2020, los supuestos antes indicados eran los únicos que habilitaban una suspensión imperfecta de los contratos de trabajo, a los cuales se añadían las licencias con goce de remuneraciones libremente convenidas entre el empleador y el trabajador. Precisamente, el permiso o licencia concedido por el empleador puede ser con el pago de retribuciones, lo que se conoce como

licencia con goce de haberes;<sup>28</sup> o sin el pago de estas, la que se denomina licencia sin goce de haberes.

El artículo 26° del DU029 incorporó un supuesto de suspensión imperfecta de los contratos de trabajo para aquellos casos en los que las actividades de los empleadores no estén dentro del listado de servicios esenciales prevista en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y, a su vez, se encontrasen en la imposibilidad de asignar trabajo remoto a su personal. Para estos casos, se estableció la obligación de los empleadores de conceder una licencia con goce de remuneraciones, sujeta a los términos que libremente acuerden las partes; y, ante la falta de acuerdo, el trabajador quedaría obligado a compensar los días no laborados y remunerados con horas de trabajo al término de la vigencia del EEN. Esta obligación entró en vigor el día 21 de marzo de 2020.<sup>29</sup> Hasta la fecha de cierre de este trabajo, se habrían acumulado un total de 60 días de licencia con goce de retribuciones.

De esta manera, frente a un supuesto que representaba la imposibilidad material del empleador de asignar labores a su personal, y de este de cumplir con su obligación esencial de prestar servicios, debido a un hecho irresistible ajeno a la voluntad de las partes de la relación laboral —como corresponde a las restricciones a la libertad de tránsito—, el Poder Ejecutivo incorpora el derecho a un permiso pagado durante todo el período de duración de la EEN. En otras palabras, ante un hecho que justifica válidamente el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato de trabajo por ambas partes de la relación laboral y, por ende, la aplicación de la suspensión perfecta prevista en el inciso ‘l’ del artículo 12° de la LPCL, el Poder Ejecutivo generó una obligación en sentido contrario.

Resulta importante recordar, como en su oportunidad acotó Lora Álvarez (2016), que el hecho fortuito o fuerza mayor que faculta la suspensión perfecta de los contratos de trabajo cuenta con regulación expresa en nuestro ordenamiento. En efecto, a través de la Resolución Ministerial N° 87-94-TR —vigente hasta la fecha, pues no existe alguna norma que la haya derogado expresa o tácitamente— se aprobó la Directiva Nacional N° 006-94-DNRT con el objeto de complementar y orientar la aplicación del procedimiento de suspensión perfecta de labores por hecho fortuito o fuerza mayor hasta por un plazo de 90 días. Esta directiva define expresamente al caso fortuito y a la fuerza mayor de la siguiente manera:

- a) Caso fortuito: es todo hecho imprevisible o un suceso por lo común dañoso que no puede preverse, evitarse, ni resistirse, que acontece inesperadamente con independencia de la voluntad del hombre; que generalmente proviene de la acción de la naturaleza. Ejemplos: una inundación, un aluvión, un sismo, un incendio, una sequía, un accidente, una peste o *una epidemia*.
- b) Fuerza mayor: Es todo acontecimiento o hechos imprevisibles, que pudiendo ser previstos no pueden resistirse ni evitarse, provienen casi siempre de la acción de la

---

28 Este tipo de licencias suelen convenirse a solicitud del trabajador, ya sea para desempeñar alguna actividad particular o cursar estudios en el extranjero, etcétera.

29 De acuerdo con lo previsto en el artículo 109° de la Constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia.



persona o de un tercero. Ejemplos: *una Ley u otra forma legal, que impida realizar una actividad*; un tumulto del que se deriven estragos [...]. (Cursivas nuestras)

Es notorio que la finalidad de incorporar la licencia con goce de haber para el supuesto en comento consiste en neutralizar la aplicación de la suspensión perfecta de los contratos de trabajo por hecho fortuito o fuerza mayor prevista en el inciso 'l' del artículo 12° de la LPCL. No obstante, estimamos que el ordenamiento legal vigente permitía que tanto empleadores como trabajadores puedan determinar cuáles eran las mejores alternativas a adoptar frente a una imposibilidad material de ambas partes de ejecutar sus respectivas actividades. Este hecho ajeno a la voluntad de las partes del contrato de trabajo determinaba que ambos no pudieran cumplir con sus respectivas obligaciones esenciales, verificándose así lo previsto en el artículo 1315° del Código Civil.

Esta novísima licencia con goce de haber constituye el único supuesto legal de suspensión imperfecta de labores<sup>30</sup> en el que la obligación del empleador de pagar la remuneración no quedará suspendida, a pesar de que por un mandato legal expreso no pueda ejecutar con normalidad sus respectivas actividades. En el pago de los primeros 20 días de la incapacidad temporal para el trabajo (por disposición de las normas que regulan la seguridad social en salud), de las licencias o permisos sindicales (sustentada en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical), del descanso vacacional (derecho constitucional al descanso anual remunerado y derecho fundamental al uso y disfrute del tiempo libre) y de las licencias con goce de haber convenidas con el trabajador (derecho a libre autonomía privada), no existe una imposibilidad fáctica del empleador de ejecutar sus actividades.

La licencia creada a través del artículo 26° del DU029 se subsume en la categoría de «otros establecidos por norma expresa», señalada en el inciso 'll' del artículo 12° de la LPCL. Si bien no existe una medida similar en el ordenamiento legal vigente hasta la fecha de publicación del referido dispositivo, aparece un cisma entre la obligación creada y la situación fáctica que puede presentarse al interior de cada centro de trabajo. Desde nuestra perspectiva, tanto empleadores como trabajadores podrían haber examinado la adopción de las medidas que sean necesarias para afrontar una situación que imposibilitaba a ambos la ejecución de sus respectivas actividades.

Con la licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior, no solo se presentarán casos en los que resulte sumamente complejo el «pago» del trabajador de 60 días de ausencias remuneradas por su empleador, sea por el vencimiento del plazo de los contratos de trabajo, la dificultad material de implementar extensas jornadas de trabajo, o por el tipo de actividades del trabajador o por la naturaleza de las operaciones del empleador, o por un sinnúmero de circunstancias. El Poder Ejecutivo no reparó en las diversas y múltiples realidades que presentan las relaciones laborales en el ámbito privado.

---

30 En rigor, la licencia con goce de haber con carácter compensable también se aplica para todos aquellos trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgo y a los que no pueda asignárseles trabajo remoto, conforme a lo previsto en el artículo 20.2 del Decreto de Urgencia N° 026-2020. No obstante, el análisis puntual del tratamiento de este grupo de trabajadores excede los alcances de este trabajo.

La necesidad de la medida, en lo que concierne a la inexistencia de una fórmula similar en el ordenamiento legal vigente, se ve contrarrestada con las situaciones fácticas que pueden presentarse en el seno de cada relación de trabajo. Por esta razón, no debería extrañarnos que en los próximos meses aparezcan diversos casos de descuentos unilaterales en las liquidaciones de beneficios sociales de aquellos trabajadores cuyos contratos de trabajo venzan o terminen por alguna razón justificada, y no hayan culminado de compensar los días de licencia con goce de haber.

b) *Decreto de Urgencia N° 038-2020*

Este decreto se emitió el día 14 de abril de 2020, vale decir, aproximadamente un mes después de la fecha de instalación del Congreso y de la declaratoria del EEN, y 16 días después de la publicación de la Ley N° 31011, ley autoritativa que delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo para que regule diversas materias. Como ya hemos señalado en el literal 'b' del punto 3.1.1 de este trabajo, en materia de trabajo y empleo el Poder Ejecutivo solo podía legislar en temas relativos a la garantía y protección de derechos sociolaborales de los trabajadores; es decir, y como finalmente se realizó a través del Decreto Legislativo N° 1499, en lo relativo a la labor de la inspección del trabajo y aspectos generales en materia de seguridad y salud en el trabajo y protección de derechos laborales de naturaleza colectiva.<sup>31</sup>

Así, tenemos que la Ley N° 31011 no facultaba al Poder Ejecutivo a emitir alguna norma con rango de ley que verse sobre las materias comprendidas en el Decreto de Urgencia N° 038-2020. Además, ya había transcurrido un tiempo prudencial y suficiente para que el Poder Ejecutivo previera cuáles serían las consecuencias de haber establecido la obligación de los empleadores de otorgar una licencia con goce de haber durante todo el plazo del EEN, tanto para los trabajadores comprendidos como para los no comprendidos dentro del grupo de riesgo a quienes no era posible asignar trabajo remoto por la naturaleza de sus actividades.

En este sentido, y para ser estrictos, el decreto de urgencia en comento no se sustenta en el requisito de necesidad formal que exige el TC; es decir, no existía un peligro de generar un daño irreparable en caso se esperara al procedimiento regular en el Congreso para la expedición de una ley, sino se «justifica» en un aspecto fáctico: el Poder Ejecutivo no tenía competencia para emitir un decreto legislativo que regule las materias de este decreto de urgencia, por carecer de facultades delegadas, motivo por el cual ha tenido que recurrir al supuesto contemplado en el inciso 19 del artículo 118° de la Constitución.

Así, bajo una breve indicación de que el DU038 versa sobre medidas extraordinarias en materia económica y financiera, el Poder Ejecutivo emitió este decreto de urgencia que, entre otras medidas, incorporó la suspensión perfecta de labores *ad*

---

31 A falta de un día para que expire el plazo de 45 días concedido mediante la Ley N° 31011 para que el Poder Ejecutivo pueda legislar en diversas materias, el día 10 de mayo de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1499, que establece diversas medidas para «Garantizar y Fiscalizar la Protección de los Derechos Sociolaborales de los(as) trabajadores(as) en el marco de la Emergencia Sanitaria por el Covid-19».



*boc* para aquellos empleadores que no están en capacidad de implementar el trabajo remoto o de otorgar la licencia con goce de haber, por la naturaleza de sus actividades o por el grado de afectación económica que presentan a la fecha de entrada en vigencia de dicho dispositivo, vale decir, hasta el 15 de abril de 2020.

A la vez, este decreto de urgencia tampoco responde al requisito de necesidad material. En efecto, y como ya se ha comentado líneas arriba, el ordenamiento legal vigente establecía la facultad del empleador de aplicar una suspensión perfecta de los contratos de trabajo en el caso de un hecho fortuito o fuerza mayor. Ya hemos visto que tanto una epidemia o pandemia como una ley que restringe la ejecución de actividades y la libertad de tránsito han sido calificadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) como ejemplos de un hecho fortuito y de fuerza mayor, respectivamente.

Por esta razón, frente a esta situación generada por el brote de Covid-19 en el país y la declaratoria de EEN, los empleadores podían acudir a la alternativa prevista en el artículo 15° de la LPCL, que dispone:

Artículo 15.- El caso fortuito y la fuerza mayor facultan al empleador, sin necesidad de autorización previa, a la suspensión temporal perfecta de las labores hasta por un máximo de noventa días, con comunicación inmediata a la AAT. Deberá, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La Autoridad Administrativa de Trabajo bajo responsabilidad verificará dentro del sexto día la existencia y procedencia de la causa invocada. De no proceder la suspensión ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido.

El artículo 21° del Reglamento de la LPCL precisó que no se trataba de cualquier hecho fortuito o fuerza mayor, sino aquel que haga imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo. De este modo, y sobre la base de la legislación vigente, un empleador se encontraba facultado a aplicar la suspensión perfecta de los contratos de trabajo, sin requerir la autorización previa de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), debiendo dar cuenta de la medida de forma inmediata a dicha autoridad. No obstante, y en caso fuera posible, de manera previa a la aplicación de la suspensión perfecta de labores el empleador debía otorgar vacaciones vencidas o anticipadas, o cualquier otro tipo de medida que razonablemente evite agudizar la situación de los trabajadores.

La AAT debía verificar, en el plazo de seis días, que la causa invocada por el empleador guarde proporcionalidad y razonabilidad con el período de suspensión temporal de labores aplicado (artículo 22° del D.S. N° 001-96-TR); de comprobarse la inexistencia o improcedencia de la causa invocada, la AAT expedía resolución dentro del segundo día de realizada la inspección, y decretaba la reanudación de las actividades, considerando el período dejado de laborar como de trabajo efectivo para todo efecto legal (artículo 23° del D.S. N° 001-96-TR).

Así mismo, el artículo 24° del Reglamento de la LPCL estableció un supuesto de silencio administrativo positivo, puesto que si la AAT no verificaba la existencia

de la causa alegada en el plazo de seis días indicado en el artículo 15° de la LPCL, se daba por cierta la misma y quedaba autorizada de manera ficta la suspensión (artículo 24° del D.S. N° 001-96-TR). Contra la resolución expresa o ficta, las partes cuentan con un plazo de tres días hábiles para interponer el recurso de apelación que corresponda.<sup>32</sup>

Se aprecia, entonces, que en el ordenamiento legal vigente sí existía una medida similar a la incorporada en el artículo 3° del DU038, lo cual revela que, en términos de necesidad material, no resultaba indispensable establecer una suspensión perfecta de labores *ad hoc*. No obstante, esta nueva suspensión perfecta de labores permite evidenciar que el Poder Ejecutivo, a través de la licencia con goce de haber de carácter compensable establecida para los trabajadores comprendidos y no comprendidos dentro del grupo de riesgo cuyas actividades resultan incompatibles con el trabajo remoto, pretendió neutralizar que los empleadores puedan acudir a la suspensión perfecta de labores regulada en el artículo 15° de la LPCL.

A pesar de ello, y con trascendentales matices, el artículo 3° del DU038 reguló una suspensión perfecta de labores especial, pero esta presenta similares características a la contemplada en el artículo 15° de la LPCL.

Por ejemplo, el empleador que, por el grado de afectación económica o la naturaleza de sus actividades, no pueda asignar trabajo remoto o pagar la licencia con goce de haber, puede aplicar las medidas que resulten necesarias para mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores (artículo 3.1 del D.U. N° 038-2020). De manera excepcional, el empleador podrá aplicar la suspensión perfecta de los contratos de trabajo,<sup>33</sup> para lo cual debe presentar una declaración jurada exponiendo los motivos que sustentan su decisión.

La AAT deberá verificar la veracidad de la información consignada en la declaración jurada en el plazo de 30 días hábiles contados desde la fecha de su presentación. Si la autoridad no emite pronunciamiento dentro del plazo de siete días hábiles desde la fecha en la que se produjo la respectiva verificación posterior y en caso no se hubiera expedido resolución alguna, se aplica el silencio administrativo positivo.

---

32 Cabe destacar que mediante Resolución Directoral General N° 011-2012/MTPE/2/14 de fecha 22 de octubre de 2012 se estableció como precedente administrativo de observancia obligatoria que el plazo de seis días naturales previsto en el artículo 15° de la LPCL era un plazo «referencial» que no afectaba la facultad fiscalizadora de la inspección del trabajo. Este criterio de observancia obligatoria fue reiterado en la Resolución Directoral General N° 214-2018-MTPE/2/14 de fecha 14 de noviembre de 2018 y es el que, hasta la fecha, la AAT ha venido aplicando ante los procedimientos administrativos de suspensión perfecta de labores. Estos criterios revelan con suma claridad la forma empleada por la AAT para evadir la aplicación expresa de lo previsto en el artículo 24° del Reglamento de la LPCL que, de forma literal, prevé un silencio administrativo positivo, respecto del cual la parte afectada (los trabajadores) está habilitada de interponer el recurso de apelación respectivo. Así, la AAT ha efectuado una interpretación particular que no surge del texto expreso y claro de la norma reglamentaria.

33 La suspensión perfecta de los contratos de trabajo no ha sido contemplada como una alternativa para los trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgo, puesto que en el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 038-2020 solo se hace referencia a las medidas necesarias para mantener la vigencia del vínculo laboral y el pago de remuneraciones.

En caso la AAT compruebe la falta de correspondencia entre la información señalada en la declaración jurada y la verificada en la respectiva fiscalización, o una afectación a la libertad sindical, se deja sin efecto la suspensión perfecta de labores, se ordena el pago inmediato de las remuneraciones dejadas de percibir y el tiempo dejado de laborar es considerado como efectivamente laborado para todo efecto legal.

Todos estos requisitos y condiciones previstos en el DU038 han sido posteriormente «precisados» —veremos más adelante que se ha desvirtuado el texto de la norma con rango de ley, lo que constituye una infracción al principio de jerarquía normativa— a través de los decretos supremos N° 011-2020-TR y N° 012-2020-TR.

Como se observa, existen algunas similitudes entre la suspensión perfecta prevista en el artículo 15° de la LPCL y la regulada en el decreto de urgencia bajo análisis. No obstante, esta última no está referida a un supuesto de hecho fortuito o fuerza mayor, sino se sujeta a requisitos más específicos que luego han sido restringidos por normas reglamentarias, convirtiendo a esta en una suspensión de labores con supuestos más exigentes que la prevista en el artículo 15° de la LPCL.

A continuación, se puede apreciar un cuadro comparativo entre estas formas de suspensión perfecta de los contratos de trabajo.

<b>Suspensión perfecta de labores</b>		
	<b>D.S. N° 003-97-TR y D.S. N° 003-97-TR (LPCL y Reglamento)</b>	<b>D.U. N° 038-2020, D.S. N° 011-2020-TR y D.S. N° 012-2020-TR</b>
<b>Causal</b>	Caso fortuito o fuerza mayor.	Imposibilidad de aplicar trabajo remoto o licencia con goce de haber, debido a: (i) la naturaleza de sus actividades; o, (ii) el grado de afectación económica de la empresa.
<b>Medidas previas</b>	Medidas menos gravosas, como vacaciones pendientes o adelanto de vacaciones.	Procurar alguna de las siguientes medidas previas a partir de la negociación: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Descanso vacacional.</li> <li>– Adelanto vacacional.</li> <li>– Reducción de jornada y remuneraciones.</li> <li>– Reducción de remuneración.</li> <li>– Otras que acuerden las partes.</li> </ul>
<b>Autorización previa</b>	No requerida.	No requerida.
<b>Comunicación a la AAT</b>	Comunicación motivada ante la AAT.	Por vía remota (vía web) según formato de declaración jurada, exponiendo los motivos que la sustentan y anexos que la acrediten.
<b>Verificación posterior</b>	Hasta 6 días naturales posteriores.	Verificación de los hechos por parte de la autoridad inspectiva (30 días hábiles) y posterior resolución de la AAT (7 días hábiles posteriores).

<b>Suspensión perfecta de labores</b>		
	<b>D.S. N° 003-97-TR y D.S. N° 003-97-TR (LPCL y Reglamento)</b>	<b>D.U. N° 038-2020, D.S. N° 011-2020-TR y D.S. N° 012-2020-TR</b>
<b>Silencio administrativo</b>	No aplica silencio administrativo positivo.  (Resolución Directoral General N° 011-2012/MTPE/2/14 de fecha 22 de octubre de 2012; Resolución Directoral General N° 0214-2018-MTPE/2/14).	Positivo en caso la AAT no cumpla con el plazo.
<b>Resolución de AAT</b>	Dentro del segundo día de realización de la visita inspectiva.	Hasta 7 días hábiles después de la última actuación inspectiva.
<b>Resolución desfavorable de AAT</b>	Reanudación de labores y abono de remuneración por el tiempo transcurrido.	Reanudación de labores y abono de remuneración por el tiempo transcurrido. El período dejado de laborar se considera como de trabajo efectivo para todo efecto legal.
<b>Período</b>	Máximo 90 días.	Hasta 30 días calendario posteriores a la fecha de término de la emergencia sanitaria, la cual culmina el día 9 de junio de 2020.
<b>Prolongación</b>	Mediante acuerdo con los trabajadores.	No.

En resumen, antes de que la pandemia por el brote de Covid-19 arribe a nuestro país, ya existían mecanismos legales que, de alguna forma, podrían haber servido de instrumento para empleadores y trabajadores, con el fin de que puedan afrontar los efectos directos e indirectos que han generado las limitaciones a la ejecución de determinadas actividades y las restricciones a la libertad de tránsito dispuestas por el EEN. Empero, hemos sido testigos de cambios sustanciales en las reglas de juego en pleno partido, con un claro propósito de neutralizar u obstruir la aplicación estricta de los instrumentos legales vigentes en el régimen laboral común de la actividad privada. A modo ilustrativo, se puede resaltar la respuesta tercera del «Boletín Mensual N° 99, COVID-19: Preguntas Frecuentes Laborales – Marzo 2020» del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en la que se indicó de forma expresa lo siguiente: «La suspensión temporal perfecta de labores no forma parte de las medidas laborales previstas en la normativa especial aplicable durante la vigencia del estado de emergencia nacional».

### **3.3. La infracción al requisito de conexidad de los decretos de urgencia y al principio de jerarquía normativa (legalidad): la relación entre los decretos de urgencia y los decretos supremos de desarrollo**

En el literal (vi) del punto 2.1 de este trabajo recordábamos que la conexidad es uno de los requisitos formales de constitucionalidad de los decretos de urgencia expedidos bajo los alcances de lo previsto en el inciso 19° del artículo 118° de la

Constitución. Dentro de las diversas exigencias que este requisito dispone, se debe verificar que las medidas extraordinarias y beneficios deben surgir del contenido mismo de los decretos de urgencia, mas no de actos u acciones posteriores o delegaciones normativas, dado que ello resultaría inconsecuente con la urgente situación que motiva la expedición del dispositivo legal.

De igual manera, no puede soslayarse que el artículo 51° de la Constitución recoge el principio de jerarquía normativa, en virtud del cual la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente. Sobre este principio, el TC ha señalado que se trata del «[...] *único instrumento que permite garantizar la validez de las normas jurídicas categorialmente inferiores. Ergo, la invalidez es la consecuencia necesaria de la infracción de tal principio*».<sup>34</sup> De esta manera, el TC acota que una norma puede condicionar la validez de la otra, a través de criterios de relación ordinamental (prelación jerárquica de las normas vigentes en el ordenamiento), conexión material (la prelación jerárquica se advierte en el enlace del contenido, objeto o ámbito de regulación de la norma superior y la otra inferior) e intersección normativa (la prelación jerárquica se advierte cuando la válida capacidad reguladora de una norma resulta contraria al mandato u ordenación de los contenidos de otra norma).

La potestad del Presidente de la República de reglamentar las leyes se encuentra vinculada necesariamente al cumplimiento del principio de jerarquía normativa. Así, el inciso 8 del artículo 118° de la Constitución prevé que dicha potestad debe ejercerse sin transgredir o desnaturalizar las leyes, con el objeto de que, dentro de dichos límites, pueda emitir decretos y resoluciones. En relación con esta potestad, el TC ha tenido oportunidad de afirmar que el reglamento es la norma subordinada a la ley e, indirectamente, a la Constitución para que desarrolle una ley, los que son denominados reglamentos «*secundum legem*».<sup>35</sup>

En este acápite nos proponemos examinar si las medidas establecidas en los artículos 25° y 26° del DU029, y la referida a la suspensión perfecta de labores recogida en el artículo 3° del DU038, observan los requisitos constitucionales antes indicados.

a) *Modificación de horarios y turnos de trabajo, y licencia con goce de haber compensable (Decreto de Urgencia N° 029-2020)*

En cuanto al requisito de conexidad, los beneficios que prevén estas alternativas surgen del texto del decreto de urgencia. No han sido condicionados a una norma posterior, ni se ha emitido una norma reglamentaria posterior que precise sus alcances. De este modo, tales disposiciones normativas cumplen con la exigencia prevista por el TC.

Si bien es cierto que en el inciso 'b' del artículo 26° de este dispositivo se señala que la licencia con goce de haber en el sector privado queda sujeta a lo que acuerden las partes, sin detallar en qué consiste ese acuerdo, también lo es que dicha fórmula abierta permitía una cierta flexibilidad a las partes para determinar la mejor

<sup>34</sup> Fundamento jurídico N° 59 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC.

<sup>35</sup> Cfr. fundamento jurídico N° 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00001-2003-AI/TC.

forma de compensación que se adecúe a la realidad y naturaleza de las actividades que se ejecutan en cada centro de trabajo.<sup>36</sup>

No ha sucedido lo mismo respecto a la suspensión perfecta de labores, como detallaremos a continuación.

b) *La suspensión perfecta de labores ad hoc (Decreto de Urgencia N° 038-2020)*

Hasta aquí hemos advertido que, desde un punto de vista formal, el DU038 presenta vicios que comprometen su constitucionalidad. No obstante, corresponde añadir un elemento que abona en dicha calificación: la conexidad entre los «beneficios» y la legislación reglamentaria.

Los «beneficios» que conllevan las medidas extraordinarias referidas a la suspensión perfecta de labores y otras vinculadas a privilegiar la vigencia del vínculo laboral, y la percepción de remuneraciones, deberían surgir del propio texto de este dispositivo legal, con el fin de cumplir con la exigencia establecida por el TC. Empero, en la primera disposición complementaria final del DU038 se efectúa una delegación de facultades al MTPE para que esta entidad «[...] de resultar necesario [emita] las disposiciones complementarias [...] para la mejor aplicación de lo establecido en el presente Decreto de Urgencia».

Si estas medidas resultaban urgentes, necesarias y, de no adoptarse, se ponía en peligro la economía nacional y las finanzas públicas, entonces su aplicación debía ser de forma inmediata y no postergar —a pesar de que expresamente no se condicionó su vigencia— a las normas complementarias que expidió el MTPE. El beneficio que genera una medida extraordinaria contenida en un decreto de urgencia emitida al amparo del inciso 19° del artículo 118° de la Constitución, reiteramos, debe surgir del contenido del mismo dispositivo legal y no de una delegación de facultades para que una entidad del propio Poder Ejecutivo precise o complemente su contenido. De ahí que no se advierta la urgencia de recurrir a esta prerrogativa del Presidente de la República, cuando este último es quien tiene la potestad de reglamentar las leyes o las normas con rango de ley, no verificándose, por ende, el requisito de conexidad.

El DU038 se encuentra vigente y mantendrá dicha condición, salvo que exista una sentencia del TC en un proceso de inconstitucionalidad que la expulse del ordenamiento, o se emita otra norma con rango de ley que la derogue.<sup>37</sup> En este sentido, las normas reglamentarias de inferior jerarquía deben respetar el contenido de las disposiciones del DU038; sin embargo, los decretos supremos N° 011 y N° 012-2020-TR<sup>38</sup> han tergiversado y desvirtuado sus alcances, al establecer requisitos y condiciones que no surgen de su texto expreso.

36 Estas medidas de compensación podrían comprender el otorgamiento de vacaciones pendientes o adelantadas, la ampliación de la jornada diaria de trabajo, o hasta incluso el pago fraccionado de las remuneraciones abonadas por la empresa durante los días en los que no se ha realizado una labor efectiva a su favor.

37 El artículo 103° de la Constitución señala que «[...] La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

38 El Decreto Supremo N° 011-2020-TR se publicó el día 21 de abril de 2020; mientras que el Decreto Supremo N° 012-2020-TR se publicó el día 30 de abril del mismo año.

En el siguiente cuadro se podrán apreciar algunas de las «precisiones» incorporadas en los decretos supremos N° 011 y N° 012-2020-TR que, en rigor, constituyen requisitos adicionales para la aplicación de las medidas para asegurar la vigencia del vínculo laboral y percepción de remuneraciones, y de la suspensión perfecta de labores regulada en el DU038.

Requisitos	DU N° 038-2020	D.S. N° 011-2020-TR	D.S. N° 012-2020-TR
<b>Imposibilidad de aplicar trabajo remoto o licencia con goce de haber</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Por la naturaleza de las actividades; o,</li> <li>- Por el nivel de afectación económica a la entrada en vigencia del DU (15/4/2020).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Por la naturaleza de actividades no se aplica el trabajo remoto por la utilización de herramientas o maquinarias que solo se pueden emplear en el centro de trabajo.</li> <li>- Por la naturaleza de las actividades no se otorga la licencia con goce de haber sujeta a compensación por: los distintos turnos del empleador, la naturaleza riesgosa de las actividades, la extensión de la jornada ponga en peligro a los trabajadores; entre otras.<sup>39</sup></li> <li>- Por el nivel de afectación económica para empresas que no paralizaron sus actividades, cuando el ratio resultante de dividir sus resultados económicos en el mes de marzo o en el mes previo a la adopción de la medida, comparado con el mismo mes del año anterior registra un incremento porcentual de entre 6 puntos para micro y pequeñas empresas; y 13 para grandes empresas en el mes de abril; y de 12 y 26 puntos porcentuales, respectivamente, en el caso de solicitudes presentadas en el mes de mayo.</li> <li>- Para el caso de empresas que sí suspendieron sus actividades, los referidos ratios porcentuales entre 4 a 22 puntos, dependiendo si la solicitud se presentó en el mes de abril o mayo, y del tipo de empresa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- En el caso de la afectación económica, la suspensión perfecta no puede afectar a los trabajadores por los cuales el empleador ha recibido el subsidio para el pago de las remuneraciones de su personal<sup>40</sup> (<i>no surge del texto del DU 038</i>).</li> <li>- Para las solicitudes que se sustenten en el grado de afectación económica y que se presenten en el mes de mayo de 2020, a efectos de dividir el ratio masa salarial/ ventas, se debe descontar el monto total percibido por el empleador en el mes de abril por concepto de subsidio para el pago de la planilla de sus trabajadores (<i>no surge del texto del DU</i>).</li> </ul>

39 Cfr. artículo 3.1 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR.

40 Mediante el artículo 14° del Decreto de Urgencia N° 033-2020 se creó un subsidio para los empleadores del sector privado equivalente al 35 % de la remuneración de cada uno de sus trabajadores que



Requisitos	DU N° 038-2020	D.S. N° 011-2020-TR	D.S. N° 012-2020-TR
<b>Aplicación de las medidas necesarias menos gravosas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– El empleador puede adoptar las que resulten necesarias para mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores (<i>privilegiar no es sinónimo de agotar una negociación previa y obligatoria con los trabajadores</i>).</li> <li>– Para todo lo no previsto en el Título II del DU, el empleador puede adoptar las medidas establecidas en el marco laboral vigente.<sup>41</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Otorgar descanso vacacional adquirido y pendiente de goce.</li> <li>– Acordar: a) el adelanto del descanso vacacional; b) la reducción de la jornada laboral diaria o semanal, con la reducción proporcional de la remuneración; o, c) la reducción de la remuneración de forma proporcional a la situación y no afectar la Remuneración Mínima Vital.<sup>42</sup></li> <li>– Adoptar otras medidas previstas en el ordenamiento laboral vigente.</li> <li>– Previamente a la adopción de las medidas, el empleador está obligado a informar a la organización sindical existente, representantes de los trabajadores o trabajadores afectados para explicar los motivos de la adopción de las medidas y <i>entablar negociaciones para la mejor protección de sus intereses</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– No se establecen requisitos adicionales.</li> </ul>
<b>Aplicación de la suspensión perfecta de labores</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– De forma excepcional, los empleadores que estén dentro de los supuestos previstos pueden optar por la suspensión perfecta de labores (se desprende que se trata de una decisión unilateral del empleador).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Se aplica una vez que se agotó la posibilidad de llegar a un acuerdo con el sindicato, representantes de los trabajadores o trabajadores afectados (<i>no surge de la literalidad del DU038</i>).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– No establece requisitos adicionales.</li> </ul>
<b>Tramitación de la suspensión perfecta de labores</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Presentar la Declaración Jurada según formato aprobado en el DU a través de la plataforma digital del MTPE.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Obligación de comunicación previa por escrito a los trabajadores afectados o a sus representantes.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– No establece requisitos adicionales.</li> </ul>

perciban una remuneración bruta mensual de hasta S/1500.

41 Según la cuarta disposición complementaria final del Decreto de Urgencia N° 038-2020.

42 La Remuneración Mínima Vital vigente en el Perú asciende a S/930,00.



Requisitos	DU N° 038-2020	D.S. N° 011-2020-TR	D.S. N° 012-2020-TR
<b>Vigencia</b>	– Posibilidad de adoptar las medidas desde el 15 de abril de 2020.	– Se otorga un plazo de 5 días hábiles, contados desde el 21 de abril de 2020, para que los empleadores que presentaron sus solicitudes desde la entrada en vigencia del DU038 confirmen o adecúen sus pedidos a las disposiciones de este decreto supremo.	– No establece requisitos adicionales.

Este cuadro permite demostrar que disposiciones «complementarias» previstas en los decretos supremos N° 011 y N° 012-2020-TR no «precisan» los alcances del DU038; por el contrario, han incorporado nuevos requisitos y/o condiciones que no surgen de la norma con rango de ley. De esta manera, el propio Poder Ejecutivo, en ejercicio de su facultad reglamentaria, ha vulnerado el principio de jerarquía normativa y ha tergiversado el sentido de su norma con rango de ley, inobservando los límites que dicha facultad debe acatar.

### 3.4. La infracción al principio de irretroactividad de las leyes

El artículo 103° de la Constitución recoge el principio de irretroactividad de las leyes, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. De forma expresa, dicho artículo dispone que «[...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene efectos retroactivos [...]».

El TC ha sostenido que, a partir de este artículo, la Constitución adoptó la teoría de los hechos cumplidos, descartando la de los derechos adquiridos, con el objeto de que la ley despliegue todos sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser aplicada a cualquier situación que se subsuma en el supuesto de hecho.<sup>43</sup> Sobre esta teoría, Neves (2005) ha señalado que esta determina que la aplicación de nueva norma se ejecuta respecto a hechos que no se han cumplido a la fecha de la sucesión normativa, lo cual constituye la irretroactividad; pero la retroactividad implicará aplicar dicha norma a situaciones ya cumplidas.

Aunque resulte evidente, debemos enfatizar que en materia laboral no existe aplicación retroactiva de las leyes. La Constitución reconoce el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (*in dubio pro operario*).<sup>44</sup> Sin embargo, de ningún modo dicho principio permite o faculta a que una autoridad (administrativa, judicial o de cualquier otra índole) pretenda aplicar retroactivamente una disposición normativa o pueda emitir una norma que tenga efectos retroactivos.

En este contexto del brote de la pandemia del Covid-19 en nuestro país, alguna de las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo afecta este principio de irretroactividad de las leyes. Esta infracción —nuevamente— se advierte en el caso de

43 Cfr. fundamento jurídico N° 26 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00316-2011-AA/TC.

44 Artículo 26.3 de la Constitución.

la aplicación de licencia con goce de haber con carácter compensable y las disposiciones «complementarias» que han precisado la suspensión perfecta de labores *ad hoc*. Veamos.

De un lado, la licencia con goce de haber con carácter compensable para los trabajadores no comprendidos dentro del grupo de riesgo se creó mediante el DU029, el cual entró en vigencia el día 21 de marzo de 2020. Se precisa que esta obligación debe observarse durante la vigencia del EEN efectuada mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.<sup>45</sup> Empero, la declaratoria de estado de emergencia nacional entró en vigor el día 16 de marzo de 2020. Por ende, no podría aplicarse retroactivamente esta licencia con goce de haber por el período comprendido entre el 16 y el 20 de marzo de 2020.

Del otro, la suspensión perfecta de labores *ad hoc* entró en vigencia desde el día 15 de abril de 2020, conforme a las condiciones y requisitos previstos en el DU038. No obstante, en la única disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo N° 011-2020-TR —que entró en vigor desde el día 22 de abril de 2020— se señala de forma literal que los empleadores que presentaron sus declaraciones juradas de suspensión perfecta desde el día 15 al 21 de abril de 2020, podrán ratificarlas o adecuarlas a las disposiciones aprobadas en dicho decreto supremo. Así, de cierta manera, se traza el camino que seguirá la AAT al momento de verificar la información contenida en las declaraciones juradas, toda vez que podría darse el caso de que algún empleador no adecúe su solicitud; y, sin embargo, la AAT aplique de forma retroactiva los requisitos previstos en el Decreto Supremo N° 011-2020-TR.

Idéntica situación se presentará sobre la verificación de los nuevos requisitos previstos por el Decreto Supremo N° 012-2020, el cual entró en vigencia el día 1 de mayo de 2020. En efecto, a declaraciones juradas presentadas entre el día 15 y el 30 de abril de 2020, se les aplicarán condiciones que entraron en vigor el día 1 de mayo de 2020.

Ninguna situación, por más excepcional que sea, puede justificar la aplicación retroactiva de disposiciones normativas, en abierta infracción del artículo 103° de la Constitución.

## Reflexión final

El brote de Covid-19 en nuestro país generará muchos efectos que, incluso, podrían perdurar muchos años después de que —esperemos— como sociedad logremos superar esta aguda situación. No obstante, este virus también debe dejarnos lecciones importantes que, desde nuestro punto de vista, no debemos olvidar. Desde la declaratoria del EEN, hemos sido testigos de un embate de normas con rango de ley emitidas esencialmente por el Poder Ejecutivo, bajo el amparo de la potestad prevista en el inciso 19 del artículo 118° de la Constitución, a pesar de que desde el día 16 de marzo de 2020 ya se encontraba instalado el nuevo Congreso de la República. Hasta la fecha de remisión de este trabajo se han expedido 30 decretos de urgencia,

---

<sup>45</sup> Artículo 26.1 del Decreto de Urgencia 029-2020.

todos sustentados en la referida disposición constitucional. No objetamos el ejercicio de una potestad prevista por la Constitución, sino que esta debe practicarse de forma excepcional —y no ordinaria— observando de forma estricta los principios constitucionales que informan a nuestra norma fundamental.

En el ámbito laboral, nos hemos encontrado —y todavía nos encontramos— a la expectativa de los decretos de urgencia, decretos supremos, comunicados oficiales del MTPE, y las declaraciones del Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y las de la titular del MTPE, para conocer cómo se reinterpretaba la legislación laboral vigente, y cuál es el sentido detrás de las disposiciones normativas dictadas durante la EEN. Así, en medio de esta compleja situación que nos ha generado el Covid-19, nuestras autoridades han introducido nuevas reglas de juego, cuando la normativa vigente ya brindaba alternativas similares o semejantes a las contenidas en los decretos de urgencia examinados en este trabajo.

Para reflejar otra situación de inestabilidad normativa podemos colocar de ejemplo el tratamiento laboral aplicable a los trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgo. En breve, en un primer momento la autoridad de salud incorporó en este grupo a las personas mayores de 60 de años;<sup>46</sup> luego esta condición fue ratificada en lineamientos sanitarios especiales para la reincorporación al centro de trabajo;<sup>47</sup> para que, posteriormente, mediante un decreto supremo,<sup>48</sup> se eleve dicha edad a la de 65 años, sin haberse expresado las razones clínicas o médicas que soporten tal decisión.<sup>49</sup> Situación similar ocurre con el factor relativo a la obesidad: primero no fue incluido en la resolución dictada por la autoridad de salud;<sup>50</sup> luego se incorporó pero no se precisó el tipo exacto de obesidad;<sup>51</sup> después se señaló que correspondía a quienes presentaban un índice de masa corporal (IMC) superior a 30;<sup>52</sup> para finalmente limitar este factor a quienes presenten obesidad mórbida, es decir, quienes cuentan con un IMC superior a 40.<sup>53</sup>

---

46 Véase la Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA, que luego fue derogada por la Resolución Ministerial N° 139-2020-MINSA.

47 Véanse las Resoluciones Ministeriales N° 239 y N° 265-2020-MINSA, de fechas 28 de abril y 7 de mayo, respectivamente.

48 Véase artículo 8° del Decreto Supremo N° 083-2020-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día domingo 10 de mayo.

49 Mediante Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 13 de mayo de 2020, se adecuó el factor de riesgo relativo a la edad de 65 años prevista en el numeral 6.1.10 del Documento Técnico: «Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los Trabajadores con Riesgo de Exposición a Covid-19».

50 Véase la Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA.

51 Véase el punto 8.2 del documento técnico «Prevención y Atención de personas afectadas por Covid-19 en el Perú», aprobado por la Resolución Ministerial N° 139-2020-MINSA.

52 Véase el punto 7.3.4 del documento técnico «Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los Trabajadores con Riesgo de Exposición a Covid-19», aprobado por Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA de fecha 28 de abril de 2020.

53 Véase el punto 7.3.4 del documento técnico «Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la Salud de los Trabajadores con Riesgo de Exposición a Covid-19», modificado por la Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA de fecha 7 de mayo de 2020.

Creemos que en una situación excepcional los principios fundamentales que soportan nuestro modelo de Estado constitucional, social y democrático de derecho cobran mayor relevancia. Proporcionar seguridad jurídica a la sociedad en contextos como este resulta primordial. Empleadores y trabajadores requieren conocer con claridad y sin ambigüedades cuáles son las medidas que se pueden aplicar, sobre la base de la normativa vigente, para afrontar y sobrellevar la aguda crisis económica que esta pandemia les viene ocasionando.

El respeto a los principios de separación de poderes, jerarquía normativa o la irretroactividad de las leyes es un aspecto que debemos reclamar y exigir a nuestras autoridades. Estas situaciones excepcionales requieren que se reafirme la absoluta vigencia del principio constitucional de seguridad jurídica.

## Referencias

- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías*. (Séptima edición). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). El constitucionalismo entre principios y reglas. En L. Ferrajoli & J. Ruiz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales* (pp. 174-234). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- García Belaunde, D. (1996). Funciones legislativas del Ejecutivo moderno: el caso peruano. En D. García Belaunde, *La Constitución en el péndulo* (pp. 89-108). Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.
- Landa Arroyo, C. (2003). Los decretos de urgencia en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (9), 131-148.
- Lora Álvarez, G. (julio de 2016). La suspensión de labores por caso fortuito y fuerza mayor: análisis legal y casuístico. *Ius et Veritas* (52), 270-281.
- Neves Mujica, J. (2005). La prescripción laboral. *THEMIS – Revista de Derecho* (50), 39-46.
- Ochoa Cardich, C. (2004). Los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993. (A. C. Sociedad, Ed.). *Derecho & Sociedad* (23), 30-35.
- Pasco Cosmópolis, M. (1997). Suspensión del contrato de trabajo. En N. de Buen & E. Morgado Valenzuela, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 481-500). C.D. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez Arana, J. (2007). Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. *Círculo de Derecho Administrativo* (3), 251-268.
- Rubio Correa, M. A. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. (Décima edición). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sagués, N. P. (1997). Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. *Pensamiento Constitucional* (4), 217-232.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2020). *Observatorio de la OIT: el COVID-19 y el mundo del trabajo*. (Tercera edición). Estimaciones actualizadas y análisis. Ginebra. Obtenido de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_743154.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf)

# **DERECHO PENAL**



# **Privación de libertad, pena estatal y pandemia**

*Iván Meini*

Pontificia Universidad Católica del Perú





## 1. Privación de libertad en tiempos de pandemia

La pandemia provocada por el Covid-19 afecta con especial intensidad a los colectivos más vulnerables. Las personas privadas de libertad, muchas de ellas sin condena, es uno de ellos. El hacinamiento en las cárceles peruanas alcanzó en febrero de este año una tasa de 141 %.<sup>1</sup> En estas condiciones se dificulta implementar el aislamiento social y otras medidas sanitarias sugeridas por la Organización Mundial de la Salud e impuestas por el gobierno para contener el virus y prevenir su contagio. Cuando a la sobrepoblación carcelaria se le añaden las precarias condiciones sanitarias, la insuficiente infraestructura de los centros penitenciarios y el reducido presupuesto público que se destina al sistema penitenciario, se desvela un grave riesgo para la vida y salud de los internos, del personal del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y, en general, de quienes por su función comparten espacios con los internos (médicos, asistentes sociales, psicólogos, etcétera). No sorprende que la *ratio* de contagio al interior de las cárceles sea muy superior a la que se registra fuera de ellas. Las cárceles son focos de expansión del virus.

Esta situación no es nueva ni desconocida. Entre los muchos aspectos que así lo demuestran, destacan dos reconocimientos estatales.

En primer lugar, el Decreto Legislativo N° 1326 de 6 de enero de 2017 declaró en estado de emergencia el Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario por razones de seguridad, salud, hacinamiento y deficiente infraestructura por un plazo de dos años<sup>2</sup>. Una de las principales razones que motivó esta medida se lee en el preámbulo del mencionado decreto legislativo:

el Sistema Nacional Penitenciario viene atravesando una aguda crisis, en las últimas décadas, debido principalmente a la sobrepoblación de internos en los establecimientos penitenciarios, los mismos que han sido rebasados en su capacidad de albergue, así como por la falta de los medios necesarios, como recursos huma-

---

1 Informe Estadístico del INPE. Febrero de 2020. <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4369-informe-estadistico-febrero-2020/file.html>

2 El estado de emergencia del Sistema Nacional Penitenciario y de INPE se declaró más de tres años antes de que, el 11 de marzo de 2020, la OMS decretó la pandemia por el COVID-19.

nos, logísticos, presupuesto y servicios penitenciarios para el tratamiento, salud y seguridad penitenciaria, lo cual dificulta el proceso de resocialización del interno.

Las acciones que en materia de salud debían implementarse al interior de los centros penitenciarios se describen en el artículo 2 del mismo decreto: programas y acciones de salud, atención y tratamiento en materia de salud mental, tratamiento especializado de población vulnerable, fortalecimiento de servicios de salud, mejora integral de la alimentación y servicios básicos para la población penitenciaria y evaluación médica anual. Antes de que venciese el plazo de dos años para revertir el estado de emergencia del Sistema Nacional Penitenciario y del INPE, el Decreto Supremo N° 013-2018 de 28 de diciembre de 2018 lo amplió por 24 meses más.

En segundo lugar, el 26 de mayo de este año el Tribunal Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional «respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional» (STC, Exp. N° 05436-2014-PHC/TC, párrafo 3 de la parte resolutive). Y dio un plazo de tres meses para que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elabore un nuevo Plan Nacional de Política Penitenciaria 2021-2025 y uno de cinco años, que vencerá en el año 2025, para superar el estado de cosas inconstitucional y que se revierta la situación.

Una primera conclusión provisional emerge ya en este nivel —todavía incipiente y descriptivo— del discurso: el Covid-19 no ha causado la crisis sanitaria carcelaria. Solo ha retirado los últimos vendajes que la encubrían y la ha acentuado, haciendo más evidente la vulneración del derecho a la salud de las personas privadas de libertad. Las medidas que se implementen para revertir la crisis, por tanto, deben ser reformas estructurales y no coyunturales.

En esta contribución reflexiono sobre las obligaciones que tiene el estado peruano para evitar que el encierro carcelario en la pandemia se convierta en una pena cruel, inhumana o degradante y que, en muchos casos, no se torne *de facto* en una pena de muerte. La tesis que sustento reza: lo que deba hacerse para contener la expansión del Covid-19 y su contagio en los centros penitenciarios lo indica una adecuada ponderación entre el derecho a la salud de los internos (pero también del personal del INPE y de la población en general), por un lado, y las necesidades sociales de pena (entre las que sobresale las legítimas expectativas de seguridad ciudadana), por otro lado. En esta ponderación adquiere un rol protagónico el derecho a la salud. Otros derechos y expectativas que entran en consideración solo modulan las medidas orientadas a preservar la salud. Un enfoque humanitario, como el que aquí se sigue, sugiere que el derecho a la salud condiciona la necesidad social de pena.

La argumentación que seguiré identifica el estándar que impone la Constitución y el derecho internacional al derecho a la salud en los internos (II). Luego, a partir de la estadística oficial, caracterizaré la real situación al interior de las cárceles peruanas y la confrontaré con las medidas sanitarias decretadas por el estado peruano, en especial el Decreto Legislativo N° 1513 de 5 de junio (III). Ello permitirá examinar si, acaso, alguno de los discursos que doctrina y jurisprudencia invocan para legitimar la pena estatal subsiste en las circunstancias descritas o si, por el contrario, los he-

chos han impuesto una nueva forma de entender la ejecución de la pena estatal y, en respuesta, debe articularse algún discurso resiliente (IV).

## 2. El estándar

### 2.1. El derecho a la salud en los centros penitenciarios

El derecho fundamental a la salud no se disipa ni suspende por la condena penal. Por más prolongada que sea la privación de libertad a la que se condene al infractor, la pena estatal no incluye el deterioro de la salud o la exposición del condenado a condiciones en las que su salud se ponga en riesgo. Una pena de tal naturaleza no se prevé en la ley penal. Ni siquiera en los delitos más graves ni en los sancionados con cadena perpetua.<sup>3</sup> Afirmar lo contrario implicaría desconocer el principio de legalidad, en cuya virtud la única sanción que se puede imponer a título de pena estatal por la comisión de un delito es la prevista expresamente en la ley penal (artículo 2.2.14.d) de la Constitución). Dicho en pocas palabras, tal como lo expresa artículo 1 del Código de Ejecución Penal, el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva.

Además, sostener que la pena podría legítimamente impactar en la salud de las personas privadas de libertad vulneraría el principio de proporcionalidad. Se sabe que la pena no puede exceder el reproche de culpabilidad del infractor (Roxin: 1997, 95 ss.) y que tal reproche se funda en la retribución por el hecho cometido. Sin embargo, en la decisión judicial de imponer la pena o suspender su ejecución y, en su caso, en su individualización, desempeñan un rol determinante las necesidades sociales de pena. A tal punto que si el confinamiento carcelario no es estrictamente necesario o si la necesidad de pena por el delito cometido queda desplazada por otras necesidades sociales más importantes en el caso en concreto (por ejemplo, colaboración eficaz, indulto humanitario, etcétera), la sanción que se imponga puede ser inferior al grado de culpabilidad o suspenderse.

Si se concibiera el menoscabo de la salud de las personas privadas de libertad como una necesidad social, se desconocería la naturaleza misma del estado del derecho, y ya no sería posible afirmar que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como proclama el artículo 1 de la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional, “la privación de libertad no implica, en absoluto, a suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud” (STC N 00925-2009-PHC/TC, fundamento 8).

A la misma conclusión arriban varios preceptos de la Constitución. «Toda persona tiene derecho a la integridad moral, psíquica y física» (artículo 2.1), así como a la protección de su salud (artículo 7), y el Estado tiene el deber primordial de garantizar «la vigencia de los derechos humanos» (artículo 44). En concreto y para lo que aquí y ahora interesa, el «derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar estableci-

3 Sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua, Meini: 2010, 327 ss.

mientos adecuados» (artículo 139.21). En similar sentido se pronuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cuando estipula que «toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral» (artículo 5.1) y que «[...] toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano» (artículo 5.2). El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup> también se pronuncia: «toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social».

Dado que la Constitución no distingue —ni podría hacerlo— entre los titulares del derecho a salud en función a su libertad o la privación de su libertad, cualquier diferencia que se haga o se tolere en este sentido es un abierto y manifiesto acto de discriminación. Así lo impone no solo el hecho que la salud es un derecho fundamental, sino también la idea que subyace al artículo 103 de la Constitución, en mérito de la cual solo puede admitirse un trato diferenciado porque así lo exige la naturaleza de las cosas y no por razón de las diferencias de las personas.

A pesar de todo, y debido a su propia naturaleza, el encierro carcelario repercute *per se* en la salud. Esto es tan obvio como el hecho que nadie permanece en la cárcel por propia voluntad. Ciertos menoscabos en la salud de las personas privadas de libertad son consecuencias inherentes e inevitables del confinamiento. La CIDH sostiene a este respecto que la manera y el método de privación de libertad no deben exceder «el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención».<sup>5</sup> Expresado en términos jurídico-penales, son riesgos social y normativamente tolerados. De esto se deriva la necesidad de trazar una línea que distinga con la mayor claridad posible los casos en que la mengua de la salud queda *jurídicamente* cubierta por la pena estatal, de aquellos otros en que no. Es muy probable que por lo general sea complicado demostrar que los daños o riesgos a la salud de las personas que habitan en los centros penitenciarios se ubican dentro o fuera del riesgo permitido. Pero con seguridad es posible identificar casos en que los daños o riesgos a la salud son tan burdos, manifiestos y groseros como ilícitos. Cuando ello ocurra, la pena estatal perderá su legitimidad y se tornará *de facto* en una pena tortuosa, cruel, inhumana y degradante.

### **3. La prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes y su relación con el derecho a la salud de las personas privadas de libertad**

El artículo 5.2 de la CADH prohíbe que una persona sea sometida a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por su parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTPCID)<sup>6</sup> conceptúa en su artículo 1 a la tortura como

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o su-

<sup>4</sup> «Protocolo de San Salvador», ratificado por el estado peruano el 17 de mayo de 1995.

<sup>5</sup> CIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C N 226, Consideraciones de la Corte B.1.

<sup>6</sup> Entró en vigor el 26 de junio de 1987.

frimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de [...] castigarla por un acto que haya cometido [...] cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

El hacinamiento carcelario contribuye a que las penas sean crueles, inhumanas y degradantes. Según el principio VII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>7</sup> «la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. [...]». Este mismo principio establece que para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima de la capacidad del centro penitenciario, «los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva».

Por regla general, el hacinamiento acarrea la vulneración del derecho a la salud de las personas privadas de libertad. En el caso peruano esto es evidente y se acentúa en el actual contexto del Covid-19. Con una tasa de 141 % de sobrepoblación, los centros penitenciarios en el Perú son inmunes a cualquier medida que se implemente para asegurar la salud de los internos que sea distinta al deshacinamiento. Si para los ciudadanos libres es difícil mantener el distanciamiento social y el aislamiento, lo es más aún para quienes se encuentran privados de libertad. Al hacinamiento deben añadirse otras razones que impiden la puesta en práctica de las medidas sanitarias decretadas por el gobierno para contener y evitar el contagio del Covid-19: la existencia de numerosos lugares comunes en su interior (patios, servicios higiénicos, pabellones, dormitorios, etcétera); el hecho de que en muchas ocasiones los productos de higiene, elementales para evitar el contagio, son escasos; la insuficiencia del sistema de salud al interior de los centros penitenciarios para identificar a tiempo, aislar y tratar a los portadores del Covid-19, etcétera; etcétera. En la medida en que el Covid-19 supone un riesgo de muerte, en estas circunstancias el derecho a la vida —y no solo a la salud— se encuentra comprometido.

Cualquier duda que impidiera reconocer al hacinamiento como fuente directa de la vulneración del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, se desvanece con la STC N 05436-2014 PHC/TC de 26 de mayo de 2020 a la que se hizo referencia anteriormente, y en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional.

---

7 Aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 131 período ordinario de sesiones realizado entre el 3 y 14 de marzo de 2008.

La intencionalidad que reclama el artículo 1 CTPCID como elemento subjetivo de la tortura tiene que ser construida e imputada a partir de la consideración de la tortura como ilícito internacional y no como delito. La mencionada convención impone un deber a los estados partes. Con independencia de esta obligación, si se comete algún delito de tortura en los términos del artículo 321 del Código Penal, habrá que acudir a las reglas jurídico-penales de atribución de responsabilidad penal e individualizar a un concreto responsable amén del principio de responsabilidad penal individual. No es este el caso. Por el contrario, lo que aquí se denuncia es que la situación en los centros penitenciarios peruanos constituye un trato cruel, inhumano o degradante que vulnera el derecho a la salud. Por esta situación responde el estado peruano por incumplir compromisos asumidos frente a instancias internacionales.

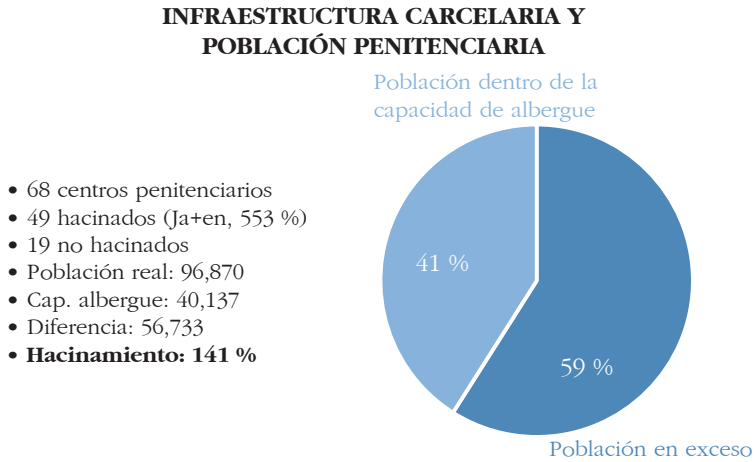
Actuar con intencionalidad es actuar deliberadamente. Así actúa quien resuelve algo con premeditación, o considera atenta y detenidamente los beneficios y perjuicios de los motivos de una decisión antes de adoptarla. Si el trato cruel que debiera probarse para gatillar la responsabilidad internacional del estado, fuera algún acto cometido por agentes penitenciarios encargados del control de los internos, la intencionalidad habría que buscarla en el conocer y hacer caso omiso de un riesgo excesivo para la salud del interno, o en el estar al tanto de los hechos que implican un riesgo sustancial de daño grave y la obligación de extraer de ellos dicho riesgo (Bernstein y otros, 2020). Si, por el contrario, se intenta acreditar la indiferencia deliberada del estado, habría que revisar la actividad legislativa penal y penitenciaria de los últimos lustros, caracterizadas, ambas, por el aumento indiscriminado de delitos y la restricción de beneficios penitenciarios, en especial, para los delitos que con mayor frecuencia se perpetran.

#### **4. De las estadísticas penitenciarias a las medidas para contener y prevenir el Covid-19**

##### **4.1. Lo que dicen las estadísticas penitenciarias**

Regularmente, aunque con un atraso de tres o cuatro meses, el INPE publica en su página web informes estadísticos en los que sistematiza información relevante sobre la población carcelaria. El último informe difundido corresponde a febrero de este año. En él se señala que son 96,870 las personas que habitan en las cárceles peruanas y que la capacidad de albergue es de 40 137. La tasa de hacinamiento alcanza el 141 % y son 56 733 las personas que, oficialmente, no tendrían espacio en los centros penitenciarios peruanos. De ellos, solo 60 355 son condenados y 36 515 presos sin condena (personas que soportan una prisión preventiva). El 38 % de quienes pueblan las cárceles son inocentes. En solo un año la población penitenciaria aumentó en 4,8 %: a finales de mes de enero de 2019 eran 92 137 las personas privadas de libertad, un año más tarde 96 870. En el Perú existen 68 centros penitenciarios: 49 en condición de hacinados y 19 mantienen una población por debajo de su capacidad de albergue. Destaca el penal de Jaén con un 553 % de hacinamiento.

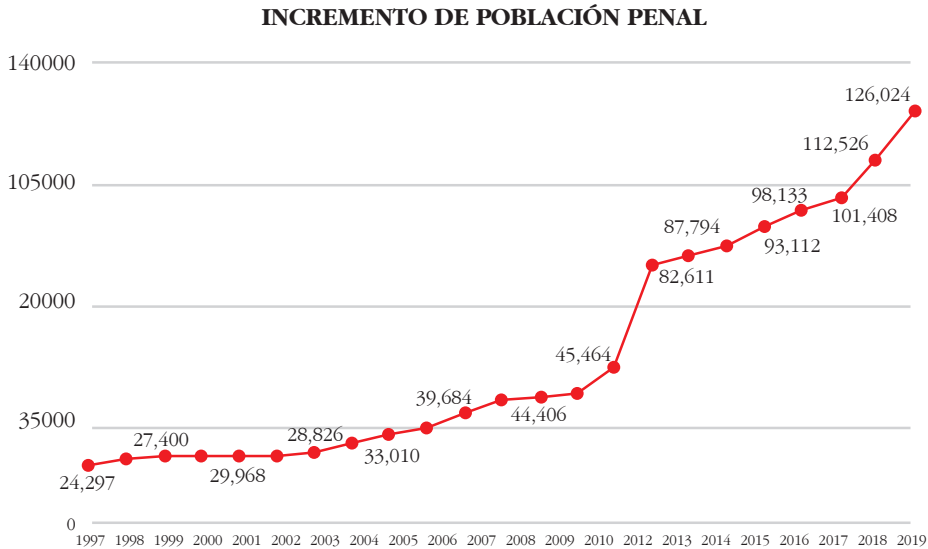
### Cuadro 1. Infraestructura carcelaria y población penitenciaria



Fuente: Informe penitenciario del INPE, febrero de 2020.

La comparación arroja resultados más escandalosos cuando se revisa el incremento de la población penal<sup>8</sup> en los últimos años. En 1997 la población penal en el Perú reportada por el INPE era de 24 297 personas. 22 años después, en diciembre de 2019, se incrementó en 518 %, llegando a 126 024 personas. Dos meses más tarde, en febrero de 2020, la población penal se incrementó hasta 129 115.

### Cuadro 2. Incremento de población penal, 1997-2019



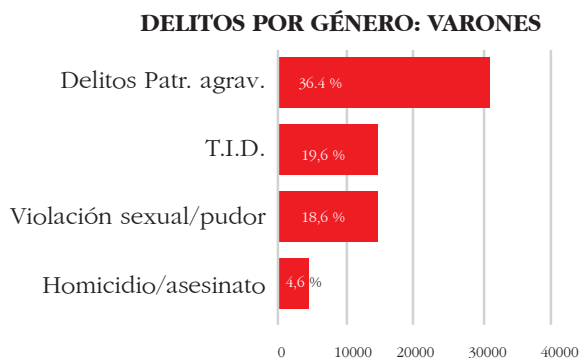
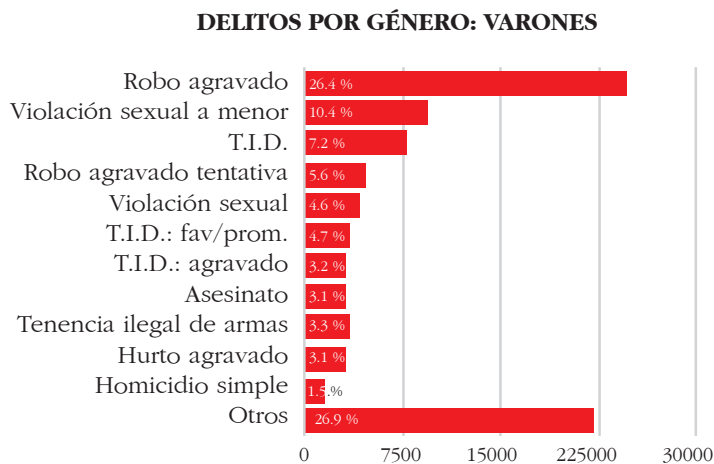
Fuente: Informe penitenciario del INPE, febrero de 2020.

<sup>8</sup> La población penal se compone por quienes se encuentran privados de libertad y además por quienes se encuentran en medio libre por una pena distinta a la privación de libertad, como una pena limitativa de derechos, o en mérito a un beneficio penitenciario, como semi libertad o libertad condicional.

El incremento de la población penal desvela una de las razones que con mayor intensidad ha contribuido al hacinamiento carcelario. La política criminal implementada por el estado peruano se ha focalizado en el incremento de delitos y la ampliación de supuestos agravados de delitos, en el aumento de las penas y en la reducción o eliminación de beneficios penitenciarios. Estos rasgos son notorios en el tratamiento legislativo de los delitos por cuya comisión se encuentran privados de libertad la mayoría de las personas.

En el caso de los varones esos delitos son: i) delitos de robo agravado, tentativa de robo agravado y hurto agravado (36,4 %); ii) delitos vinculados al tráfico ilícito de drogas (19,6 %); iii) violación sexual y atentados contra el pudor (18,6 %) y iv) homicidios y asesinatos (4,6 %). Por la comisión de estos delitos se encuentran en las prisiones peruanas el 79,2 % de los varones. La estadística indica que, en el caso de las mujeres: i) el 52,6 % se encuentra privada de libertad por delitos de tráfico ilícito de drogas; ii) el 17,7 % por delitos contra el patrimonio y iii) el 8,7 % por homicidio, asesinato o parricidio. El porcentaje de mujeres privadas de libertad por los delitos mencionados constituye el 79 % de la población penitenciaria femenina.

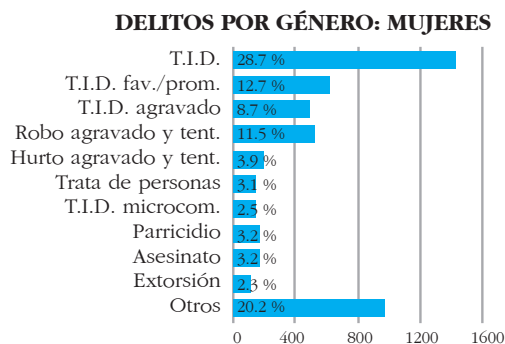
### Cuadro 3. Delitos por género (varones)



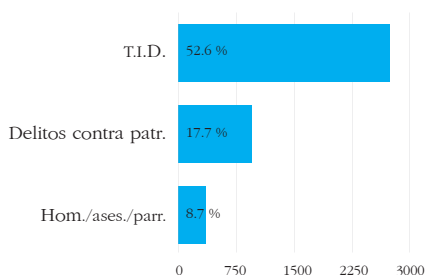
Fuente: Informe penitenciario del INPE, febrero de 2020.



### Cuadro 4. Delitos por género (mujeres)



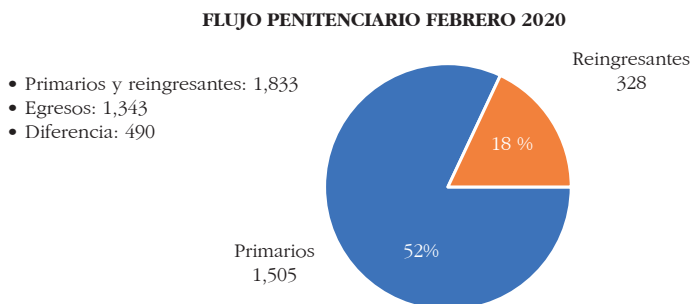
**DELITOS POR GÉNERO: MUJERES**



Fuente: Informe penitenciario del INPE, febrero de 2020.

Especial relevancia adquiere en este análisis la cifra ingresos y egresos. En febrero de 2020 ingresaron 1833 personas a los centros penitenciarios peruanos, de los cuales el 18 % fueron reingresantes. Egresaron 1343. La diferencia es de 490. Hace un año, en febrero de 2019,<sup>9</sup> ingresaron 2051 personas, de las cuales el 23 % fueron reingresantes, y egresaron 1212 personas. La diferencia fue de 813.

### Cuadro 5. Flujo penitenciario febrero 2020



Fuente: Informe penitenciario del INPE, febrero de 2020.

<sup>9</sup> Informe estadístico del INPE, febrero de 2019. <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%25C3%25ADstica/1905-informe-estadistico-inpe-febrero-2019/file.html>

La diferencia entre ingresos y egresos a lo largo de los años explica el incremento de la población penitenciaria y el consiguiente hacinamiento carcelario acumulado. No hace falta ser un genio de las matemáticas para percatarse que si la puerta de salida de las cárceles peruanas es más estrecha que la de ingreso, la población aumentará sostenidamente en el tiempo hasta límites insostenibles. Las consecuencias de esta situación no son solo sanitarias ni repercuten solo en la población penitenciaria. La sobrepoblación no permite que todas las personas privadas de libertad tengan posibilidad de acceder a los programas de estudio o trabajo para redimir la pena, dificulta seriamente el control y seguridad que al interior de los centros penitenciarios debe ejercer el INPE. No debe sorprender que muchos espacios de las cárceles sean controlados *de facto* por organizaciones criminales y que sus miembros sigan delinquirando a pesar de estar privados de libertad.

De todo esto da cuenta, como se adelantó, el estado de emergencia en que se declaró al Sistema Nacional Penitenciario y al INPE por razones de seguridad, salud, hacinamiento y deficiente infraestructura el 6 de enero de 2017. Incluso si no se viviera en un contexto de crisis sanitaria como la provocada por el Covid-19, seguiría siendo urgente excarcelar personas para garantizar el derecho a la salud de las y los internos. Con mayor razón en la actualidad. Una segunda conclusión a este nivel del discurso sugiere que si se desea revertir las alarmantes cifras penitenciarias, debe cambiarse de estrategia para prevenir delitos y reaccionar frente a ellos.

#### **4.2. Las medidas para contener el Covid-19 en los centros penitenciarios**

##### **a) El deber de garante del estado frente a la salud de las personas privadas de libertad**

El Decreto Legislativo 1513 establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus Covid-19. Es provocador y hasta ofensivo para los derechos de las personas privadas de libertad que las medidas ahí previstas se califiquen de *excepcionales*. Lo que el estado haga para revertir el bochornoso hacinamiento penitenciario solo puede ser excepcional si se compara con la populista tradición legislativa de los últimos años que, entendiendo contra toda lógica y evidencia que la criminalidad se combate fundamentalmente con más derecho penal, ha contribuido a causarlo. Pero no si se confrontan con el derecho fundamental a la salud, así como con las justas expectativas de seguridad de la colectividad. Desde este punto de vista nada tienen de excepcionales.

Más allá de cuestiones terminológicas, es posible identificar criterios que inspiran las medidas a adoptar y que, de alguna manera, subyacen a algunas de las aprobadas por el gobierno. Estos criterios y las consiguientes medidas se derivan a su vez del deber de garante de contenido jurídico-penal que ostenta el estado frente a las personas privadas de libertad. Desde el momento en que el estado priva de su libertad a un ciudadano y lo confina en un lugar donde no puede satisfacer sus necesidades básicas por sí mismo, este, el estado, es responsable de garantizar que existan las condiciones para que

la persona pueda ejercer los derechos cuyo ejercicio no han sido limitados o restringidos por la condena. La salud es uno de dichos derechos.

El deber de garante del estado frente a las personas privadas de libertad (que genera una relación de especial sujeción) se reconoce en el principio I de los Principios y Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas que precisa, con respecto al trato humano que merecen los internos «[...] tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad». La jurisprudencia de la CIDH también lo reivindica. Así, por ejemplo: «el Estado, como responsable de los establecimientos penitenciarios, es el garante de estos derechos (dignidad, vida e integridad personal) de los detenidos»<sup>10</sup> y «como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia».<sup>11</sup> Que la condena judicial y la privación de libertad que padece el infractor sean legítimas no es un argumento que refute lo dicho. Las posiciones de garante en derecho penal se asumen también mediante comportamientos lícitos.

Las penurias económicas que atraviese un estado no lo eximen de cumplir su deber de garante frente a las personas privadas de libertad, y en particular frente a su vida, integridad y salud. Así lo ha declarado la CIDH: «los Estados no puede invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano».<sup>12</sup> Y así se deriva además de una correcta ponderación de los intereses en conflicto. Dado que la vida, salud e integridad se posicionarán siempre como predominantes frente a otros intereses, el estado no puede desatenderlos. El argumento de una posible incapacidad fiscal para cubrir las necesidades básicas de las personas privadas de libertad o el de tener que atender las mismas necesidades en otras personas conduce a la misma respuesta. Las reglas del estado de necesidad en derecho penal (artículo 20.5 CP) son claras cuando restringen su aplicación ahí donde el obligado causó la situación de peligro o se encuentra obligado a hacerle frente por una particular relación jurídica. Dicho en otras palabras, el estado no puede invocar su propia indiferencia frente a los derechos de las personas privadas de libertad para seguir incumplimiento su deber de garante.

A la pregunta de qué funcionario(s) público(s) en concreto dentro del organigrama estatal es (son) encargado(s) de cumplir con el mencionado deber de garante, se responde con los criterios de imputación de responsabilidad penal en estructuras organizadas sobre la base de la división del trabajo y el principio de jerarquía. Estos criterios permiten identificar a la persona natural en quien se deposita el deber de

10 CIDH, caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20, fundamento 60.

11 CIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C N° 226, Consideraciones de la Corte B.1.

12 CIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C N° 226, Consideraciones de la Corte B.1.

garante que originariamente recae en el estado o en un superior jerárquico (Guimaraes: 2019). Por regla general, el deber de garante frente a las personas privadas de libertad es ejercido por funcionarios públicos que por razón de su cargo se encuentran obligados a preservar los derechos de los internos, esto es, en el personal del INPE y sus superiores jerárquicos políticos. Así se reconoce en el sistema interamericano de derechos humanos: «El Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia».<sup>13</sup>

Esto, sin embargo, no es ahora relevante. Sí lo es, por un lado, la posibilidad de que la crisis carcelaria sanitaria desatada por el Covid-19 propague sus efectos a extramuros. ¿Qué ocurrirá cuando la infraestructura sanitaria de los centros penitenciarios no dé abasto y tampoco la de hospitales o clínicas? En las actuales condiciones, las cárceles son foco de infección para los internos y personal del INPE y también para la ciudadanía en general. Por otro lado, el deber de garante que detenta el estado no se limita a preservar los derechos de las personas privadas de libertad. Abarca también el deber de garantizar la salud y seguridad en el trabajo del personal del INPE que en la actual crisis sanitaria también se encuentra en riesgo.

## **b) Criterios generales para el cumplimiento del deber de garante del estado frente a la salud de las personas privadas de libertad**

El primer criterio tiene naturaleza *metodológica*. Sean cuales sean las medidas que se implementen, han de ser idóneas para asegurar que se reduzca la población penitenciaria a niveles en que el riesgo de contagio de Covid-19 u otros virus o enfermedades —y con ello el riesgo para la salud y la vida— disminuya realmente hasta límites tolerables. La interrogante que ha de ser planteada se refiere a la población penitenciaria ideal para lograr tal fin, al menos en términos aproximativos. Cuál ha de ser dicha cantidad y cómo se calcula, es algo que no se puede analizar en la presente contribución. Pero si uno se deja guiar por los instrumentos internacionales que regulan los derechos de las personas privadas de libertad, no debería ser superior a la real capacidad de albergue de los centros penitenciarios. Más aún cuando la principal medida sanitaria es el distanciamiento social y el aislamiento. Si la capacidad de albergue del sistema penitenciario peruano es de 40 137 personas y en la actualidad cobija a 96 870, debe logarse la excarcelación de 56 733 ciudadanas y ciudadanos. Esta cifra es conservadora, pues nada asegura que cuando los centros penitenciarios ya no estén hacinados sea factible contener e impedir el contagio del Covid-19 u otras plagas.

El propio INPE califica el hacinamiento superior al 20 % como sobrepoblación crítica y da a entender que en dichas condiciones es muy difícil garantizar los derechos de los internos y la seguridad al interior de los centros penitenciarios. Sobre este criterio mantiene cómodo silencio el Decreto Legislativo N° 1513.

---

13 CIDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, Consideraciones de la Corte, fundamento 152.

El segundo criterio guarda relación con la *gravedad de la pena*. El Decreto Legislativo 1513 lo ha hecho suyo y lo combina con criterios preventivo-especiales y preventivo-generales. En esta línea, el artículo 6 estipula que podrán acceder a la remisión condicional de la pena las persona a quienes a) se hubiera impuesto una pena privativa de libertad no mayor a ocho años, siempre y cuando hayan cumplido la mitad de la pena impuesta (criterios preventivo-especial) y se encuentren ubicados en las etapas de tratamiento de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario (criterios preventivo-especiales y preventivo-generales); y, b) se hubiera impuesto una pena privativa de libertad no mayor de diez años, que hayan cumplido nueve años de la pena impuesta (criterio preventivo-especial) y se encuentren ubicados en la etapa de tratamiento de mínima seguridad del régimen cerrado ordinario (criterios preventivo-especiales y preventivo-generales).

Un tercer criterio se refiere a la *gravedad del delito* cometido. La ponderación entre el derecho a salud de las personas privadas de libertad y las legítimas expectativas de seguridad de la colectividad no significa que éstas deban obviarse. Si el objetivo es descongestionar los establecimientos penitenciarios, el criterio de gravedad del delito recomienda priorizar con la remisión condicional de la pena a las personas condenadas por delitos no graves. Así lo impone, además, consideraciones preventivo-generales.

En esta línea, el Decreto Legislativo N° 1513 considera delitos graves:

- a) Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: homicidio (artículo 106 CP), parricidio (artículo 107 CP), asesinato (artículo 108 CP), asesinato por la condición de la víctima (artículo 108-A CP), feminicidio (artículo 108-B CP), sicariato (artículo 108-C CP), conspiración y ofrecimiento para el sicariato (artículo 108-D CP), homicidio por emoción violenta (artículo 109 CP),<sup>14</sup> lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121-B CP), agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (artículo 122-B CP);
- b) Delitos contra la familia: participación en pandillaje pernicioso (artículo 148-A CP) y omisión de prestación de alimentos (artículo 149 CP);
- c) Delitos contra la libertad: secuestro (artículo 152 CP), trata de personas (artículo 153 CP), trata de personas agravada (artículo 153-A CP), explotación sexual (artículo 153-B CP), esclavitud y otras formas de explotación (artículo 153-C CP), promoción o favorecimiento de la explotación sexual (artículo 153-D CP), actos de clientes de la explotación sexual (artículo 153-E CP), beneficios por explotación sexual (artículo 153-F CP), gestión de la explotación sexual (artículo 153-G CP), explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-H CP), beneficios de explotación de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-I CP), gestión de la

---

14 Resultado inexplicable la inclusión de este delito en la lista de delitos graves. La pena con que se conmina es no menor de tres ni mayor de cinco años, y si concurre algunas de las circunstancias del artículo 107 CP (parricidio) la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años. Hubiera sido más lógico que no se incluya y que los condenados por este delito estén sometidos solo al criterio de la gravedad de la pena.

explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-J CP), trabajo forzoso (artículo 168-B CP), violación sexual (artículo 170 CP), violación sexual a persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171 CP), violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (artículo 172 CP), violación sexual de menor de 14 años (artículo 173 CP), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174 CP), violación sexual mediante engaño (artículo 175 CP), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176 CP), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menor de 14 años (artículo 176-A CP), acoso sexual (artículo 176-B CP), chantaje sexual (artículo 176-C CP), las formas agravadas de violaciones sexuales y delitos conexos (artículo 177 CP), favorecimiento a la prostitución (artículo 179 CP), actos sexuales como cliente con persona entre 14 y 18 años (artículo 179-A CP), rufianismo (artículo 180 CP), proxenetismo (artículo 181 CP), promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 181-A CP), formas agravadas de favorecimiento a la prostitución y delitos conexos (artículo 181-B CP), publicación sobre delitos contra la libertad sexual (artículo 182-A CP), ofensas al pudor (artículo 183 CP), pornografía infantil (artículo 183-A CP) y proposiciones a niñas, niños y adolescentes con fines sexuales (artículo 183-B CP);

- d) Delitos contra el patrimonio: robo (artículo 188 CP), robo agravado (artículo 189 CP), robo de ganado (artículo 189-C CP) y extorsión (artículo 1200 CP);
- e) Delitos contra la seguridad pública: fabricación, suministro o tenencia de materiales y residuos peligrosos (artículo 279 CP), producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas (artículo 279-A CP), abastecimiento o sustracción de armas de fuego (artículo 279-B CP), empleo, producción y transferencia de minas antipersonales (artículo 279-D CP), fabricación, comercialización, uso o porte de armas (artículo 279-G CP), propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa (artículo 289 CP), ejercicio ilegal de la profesión (artículo 290 CP)<sup>15</sup>, ejercicio malicioso y desleal de la medicina (artículo 291 CP), comercialización y cultivo de amapola y marihuana y siembra compulsiva agravada (artículo 296-A CP último párrafo), formas agravadas de tráfico ilícito de drogas (artículo 297 CP), tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-A CP) y formas agravadas de tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-B CP);
- f) Delitos contra la tranquilidad pública: apología (artículo 316 CP), apología al terrorismo (artículo 316-A CP), organización criminal (artículo 317 CP), marcaje (artículo 317-A CP) y banda criminal (artículo 317-B CP);
- g) Delitos contra la humanidad: genocidio (artículo 319 CP), desaparición forzosa (artículo 320 CP), tortura (artículo 321 CP) y tortura cometida por personal de la salud (artículo 322 CP);
- h) Delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional: rebelión (artículo 346 CP) y sedición (artículo 347 CP).

---

<sup>15</sup> Este delito no parece cumplir con el requisito de gravedad. La pena con que se conmina es no menor de uno ni mayor de cuatro años.

- i) Delitos contra lo administración pública: abuso de autoridad (artículo 376 CP), abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (artículo 376-A CP), nombramiento o aceptación ilegal de cargo público (artículo 381 CP), concusión (artículo 382 CP), cobro indebido (artículo 383 CP), colusión (artículo 384 CP), patrocínio ilegal (artículo 385 CP), responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares (artículo 386 CP), peculado (artículo 387 CP), peculado por uso (artículo 388 CP), malversación (artículo 389 CP), retardo injustificado (artículo 390 CP), rehusamiento de entrega de bienes de depositarios o puestos de custodia (artículo 391 CP), supuestos de extensión de los tipos penales contra la administración pública (artículo 392 CP), cohecho pasivo propio (artículo 393 CP), soborno internacional (artículo 393-A CP), cohecho pasivo impropio (artículo 394 CP), cohecho pasivo específico (artículo 395 CP), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-A CP), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-B CP), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396 CP), cohecho activo genérico (artículo 397 CP), cohecho activo transnacional (artículo 397-A CP), cohecho activo específico (artículo 398 CP), cohecho activo en el ámbito de la función policial (artículo 398-A CP), el supuesto de inhabilitación (artículo 398-B CP), negociación incompatible (artículo 399 CP), tráfico de influencias (artículo 400 CP) y enriquecimiento ilícito (artículo 401 CP);
- j) Delitos de terrorismo previstos en la ley N 25475 y sus modificatorias;
- k) Delitos de lavado de activos previstos en el Decreto Legislativo 1106: actos de conversión y transferencia (artículo 1); actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2); transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o título valores de origen ilícito (artículo 3); circunstancias agravantes (artículo 4); omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 5) y rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información (artículo 6); y,
- l) Delitos cometidos en el marco de la ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.

La extensa lista de delitos «candado» que impiden la remisión condicional de la pena revela las pocas posibilidades de éxito de la iniciativa gubernamental. Los delitos por los cuales la inmensa mayoría de hombres y mujeres se encuentran privados de libertad en las cárceles peruanas se recogen como delitos graves en el Decreto Legislativo 1513.<sup>16</sup> Solo un porcentaje reducido, que en el caso de los varones bordea el 20% y en el de las mujeres el 50 %, podría beneficiarse con la remisión condicional de la pena. Esta situación se vuelve más desoladora cuando se añade, por un lado, que la población penitenciaria femenina es solo el 5 % de la población penitenciaria (5232 internas) y, por otro lado, el necesario procedimiento que ha de seguirse para que el juez dicte el auto de remisión condicional de la pena (artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1513).

El cuarto criterio responde a la necesidad de cesar la *prisión preventiva* y garantizar que se acuda a ella cuando sea estrictamente necesario. Ello debería contribuir a que recupere su naturaleza de excepcional. Dado que se trata siempre de personas

---

16 Véanse los cuadros 2 y 3.



inocentes, en estos casos debe prescindirse por completo del merecimiento de pena y de la necesidad de pena como razones para justificar la medida cautelar y su cesación. Lo contrario sería aceptar que la prisión preventiva es una pena adelantada. De ahí que el derecho a la salud de las personas privadas de libertad por razón de la prisión preventiva no entre en tensión frente a las *legítimas* expectativas de seguridad de la sociedad, ni quepa ponderación *legítima* alguna entre estos dos intereses.

En tal sentido, la cesación de la prisión preventiva debería ser la regla general. Y solo cuando existan comprobadas razones de un peligro procesal que no pueda ser contenido de una manera distinta, la persona debe permanecer en la cárcel. Las medidas que prevé el Decreto Legislativo 1513 se alejan de este razonamiento y al igual que las previstas para las personas condenadas, solo auguran que en el mejor de los casos aliviarán ligeramente el problema, pero no lo revertirán. En efecto, para que un preso sin condena acceda a la cesación de la prisión preventiva, esta no debe haber sido dictada en una investigación o proceso por los mismos delitos graves que impiden la remisión de la pena para los condenados, con la única excepción del delito de omisión de asistencia familiar (artículo 149 CP). En otras palabras, si, como se ha dicho, estos delitos son los que la mayoría de las personas han cometido (condenados) o se presume que han cometido (presos sin condena) y los presos preventivos son 36 515 (38 % de la población penitenciaria), solo un reducido porcentaje podrá recuperar su libertad con la cesación de la prisión preventiva.

Se ha desperdiciado una valiosa oportunidad para corregir una penosa situación. La ponderación que subyace el Decreto Legislativo 1513 en el caso de la cesación de la prisión preventiva no supera el estándar de proporcionalidad. Por regla general, la salud de las personas no puede doblegarse frente al riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. La cesación de la prisión preventiva es una medida necesaria e idónea, pero la forma en que se ha regulado impide que sea proporcional en el caso en concreto. El tratamiento de los presos sin condena en la actual crisis sanitaria debe ser distinto que el que reciben las personas condenadas: ha de priorizarse el uso de grilletes electrónicos y otros mecanismos menos aflictivos a la libertad o, en todo caso, trasladárseles a centros penitenciarios no hacinados.

El quinto es un criterio subjetivo, y en virtud de él las medidas de deshacinamiento o traslado a centros penitenciarios no hacinados deben beneficiar principalmente a las personas que pertenecen a los grupos de riesgo: mayores de sesenta y cinco años, con problemas de salud preexistentes, mujeres con hijos, etcétera.

*Last but not least*, cualquier medida que se diseñe e implemente para reducir la población penitenciaria a niveles en que la salud y el tratamiento resocializador de todas las personas privadas de libertad, por un lado, y la seguridad propia de todo centro penitenciario, por otro, puedan ser garantizadas por igual, debe venir acompañada necesariamente de una revisión y restructuración del sistema penitenciario y de sus instalaciones. Poco se ganaría si solo se reduce la población penitenciaria mientras dure la actual crisis sanitaria, si no se garantiza que a las cárceles solo ingresen quienes realmente lo merezcan y necesiten, y que al momento de su egreso la sociedad no lo reciba en peores condiciones de las que ingresó.



## 5. ¿Qué dicen las teorías de la pena?

### 5.1. Hacia una nueva configuración *de facto* de la teoría de la pena

Ningún discurso de los que en doctrina y jurisprudencia se han formulado para legitimar la pena estatal es capaz de hacerlo en las actuales circunstancias. Ni siquiera las teorías *retributivas* logran justificar el trato cruel, inhumano y degradante que reciben las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios peruanos. Las estadísticas penitenciarias hacen presumir que la vulneración del derecho a la salud es un rasgo común en la inmensa mayoría de personas privadas de libertad, entre los que se encuentran presos sin condena en quienes, en puridad, no hay culpabilidad alguna que deba ser retribuida, y presos cuyos delitos son manifiestamente menos graves que el suplicio carcelario al que se les somete. Por lo demás, la retribución *per se* como fin de la pena no es compatible con la cláusula del estado de derecho, los derechos fundamentales ni con el principio constitucional recogido en el artículo 139.22 Const., en cuya virtud el régimen penitenciario persigue la resocialización, la readaptación y la reinserción del penado en la sociedad.

A pesar de contar con el aval del artículo 139.22. Const., del artículo 5.6 CADH y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los discursos *preventivos especiales* sucumben ante la evidencia empírica y se limitan a fungir como ideas programáticas sobre lo que debería ser la privación de libertad. Se mueven en el plano de los deseos político-criminales. No por ello deben ser desestimadas, aunque sí reconocerse que insistir en la finalidad resocializadora de la pena por sí mismo no va a revertir las condiciones carcelarias que la impiden, a no ser que se acompañen de la implementación de medidas para hacer del encierro y tratamiento penitenciario reales oportunidades para evitar la reincidencia.<sup>17</sup>

Las teorías *preventivo generales* corren igual suerte. Cualquier aspiración *preventivo general positiva* que pudiera tener la pena para integrar la conciencia jurídica colectiva o para generar confianza en el derecho o en el funcionamiento del sistema, está condenada al fracaso por las condiciones en que se ejecuta. Incluso la *prevención general negativa* se niega a legitimar la pena por el simple hecho de que pueda intimidar a las personas y con ello prevenir el delito. Sin duda, una de las experiencias que más pavor despierta es la reclusión en un centro penitenciario. Pero para que la pena pueda intimidar legítimamente debe ser proporcional al hecho cometido.

En los hechos, pareciera que se ha impuesto una concepción de la pena propia del *derecho penal del enemigo*. Con este modelo se suele justificar el procesamiento y castigo de criminales que, por la gravedad de sus delitos, habrían perdido la condición de ciudadanos y se convierten en enemigos de la sociedad y del derecho (Jakobs, 2003). Se renuncia a las garantías y principios, y con la pena la sociedad confina o elimina a sus enemigos. La contrariedad del derecho penal del enemigo con los derechos fundamentales es tan evidente como lo es su ineficacia frente a

<sup>17</sup> Sobre los cuestionamientos que en el plano teórico cabe formular a la función resocializadora de la pena, Meini (2013).

la criminalidad que, en teoría, dice combatir: la historia no registra un solo caso en donde la flexibilización o renuncia de principios y garantías haya mejorado las condiciones de vida de las personas y reducido la criminalidad.

Lo anterior demuestra que, por regla general y debido a las condiciones carcelarias en que se ejecutan, las penas en la actualidad son crueles, inhumanas y degradantes, violadoras del derecho a la salud e integridad y, además, en el actual contexto de emergencia sanitaria por el Covid-19, son incluso de riesgo para la vida. Son inconstitucionales. La respuesta que el Tribunal Constitucional ha dado a esta crisis en la STC N 05436-2014 PHC/TC de 26 de mayo de 2020 así lo reconoce.

## **5.2. El discurso resiliente**

El diagnóstico hilvanado en los párrafos anteriores se supera de la mano de los principios constitucionales del derecho penal y, en particular, de los que inspiran la pena estatal en el estado de derecho. Por su propia naturaleza, los principios incorpóran cuando más se les necesita. Si los derechos de las personas privadas de libertad fueran respetados no habría necesidad de reivindicar los principios sobre los cuales se erige el sistema penitenciario y que fundamentan la pena, pues nada debería ser corregido o enmendado. Esa no es la situación actual. Por el contrario, dado que urge garantizar el derecho a la salud, integridad y vida de las personas privadas de libertad, es menester que los principios se apliquen con todo su rigor.

Todas las autoridades y funcionarios públicos competentes para decidir qué hacer para revertir el hacinamiento carcelario (legisladores), hacerlo (jueces e INPE) y supervisar su ejecución (INPE y jueces) se encuentran sometidas al imperio de los principios constitucionales. En el actual contexto de crisis sanitaria, el margen de discrecionalidad que tienen dichas autoridades es muy estrecho. Ciertamente que se puede y debe analizar cuáles son las medidas más idóneas y ponderar si las adoptadas por el gobierno son las más adecuadas y oportunas, así como si su implementación irá arrojando resultados esperados con la frecuencia anhelada (lo que demanda un seguimiento estadístico). Pero negarse a legislar sobre la materia cuando se tiene la obligación jurídica y moral de hacerlo no debería ser una alternativa. Lo fue sin embargo para el Congreso de la República. El 17 de mayo no aprobó el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que, en esencia, preveía medidas muy similares a las que recoge el Decreto Legislativo 1513, por temor al rechazo de un sector de la sociedad.

## **5.3. ¿A quién compete?**

El hacinamiento carcelario y la vulneración del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, a niveles que en muchos casos la pena estatal se torna en tratos crueles, inhumanos y degradantes, es consecuencia de varios factores acumulados en el tiempo y puede en la actualidad calificarse de fallo estructural. Durante muchos años los tres poderes del estado han contribuido a pergeñar este cuadro, por acción u omisión. También lo ha hecho la indiferencia social, a pesar del valioso trabajo de algunas organizaciones. Y también —siempre en términos generales— la

academia, que no ha sabido plantear y denunciar a tiempo el problema y proponer soluciones plausibles. De lo que se trata ahora, sin embargo, es de garantizar la correcta implementación de las medidas aprobadas por el gobierno y las que se puedan diseñar para complementarlas o corregirlas.

Las estadísticas penitenciarias que el propio Estado reporte serán un valioso insumo. Y, ya en mediano plazo, constituyen un buen escenario para analizar el devenir de esta crisis: el seguimiento que la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional haga de la sentencia recaída en el Exp. N 05436-2014-PHC/TC para supervisar que el deshacinamiento carcelario se verifica en el plazo de cinco años que el propio Tribunal Constitucional otorgó, así como las audiencias públicas de supervisión que se realizarán cada seis meses.

A pesar de ser una responsabilidad social compartida, la de los jueces es distinta. Planteado siempre en términos generales, reconociendo que muchos jueces realizan un gran trabajo y sin desconocer la sobrecarga procesal, son los jueces penales quienes confinan en los centros penitenciarios a los condenados y a las personas sobre quienes pesa una prisión preventiva. Es su deber sentenciar y decretar medidas cautelares cuando se cumplen los presupuestos legales. En principio, no podrían dejar de hacerlo. No obstante, en la medida en que conocen las condiciones carcelarias en las que permanecerán las personas a quienes privan de libertad, difícilmente pueden ignorar que la pena que sufrirán dista mucho de la prevista en la ley penal y en la sentencia. En las actuales condiciones carcelarias, la pena privativa de libertad despoja al sujeto de otros derechos distintos a la libertad.

Los jueces están obligados a administrar justicia de conformidad con la Constitución y los principios generales del derecho, incluso en casos de lagunas o de derecho deficitario (artículo 139.8 Const.). Sin embargo, es probable que en muchos casos el confinamiento carcelario no se corresponda con dicho estándar, pues si bien las razones que tiene un juez para emitir una condena pueden ser legítimas, la consecuencia, en los hechos, es excesivamente desproporcional a la culpabilidad y a las necesidades sociales de pena. En tales circunstancias, al ser una pena no prevista en la ley, se trasgrede además el principio de legalidad. “Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva” para remediar situaciones de alojamiento por encima de la capacidad del centro penitenciario, reza el principio VII de los Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en clara alusión a que la obligación judicial en estos casos emana de la naturaleza misma de la función judicial como garante de los derechos y libertades, y no de la eventual existencia de un marco legal expreso que así lo indique. La situación es más embarazosa en el caso de las prisiones preventivas.

## Referencias

Bernstein, G., Guzman, S., Hadley, M., Huff, R., Hung, A., & Yandle, A. N. H. (2020). Covid-19 and Prisiones Rights. En K. Pistor (Ed.), *Law in the Time of COVID-19* (Columbia Law School). <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>

Guimaray Mori, E. (2018). Sobre la omisión impropia, el injusto de corrupción y el título de intervención, a propósito del Código Penal uruguayo. *Revista de Derecho Penal*, 127-150.

Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. (M. Cancio Meliá, Trad.). Thomson Aranzadi.

Meini Méndez, I. (2003). La inconstitucionalidad de la cadena perpetua. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación terrorista. *Diálogos con la Jurisprudencia*, 9(53), 101-111.

Meini Méndez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 71, 141-167.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general*. Vol. I (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.). Civitas.

# **Riesgos penales en tiempos de COVID-19**

*Juan Diego Ugaz Heudebert*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

En atención a la crisis sanitaria que se vive a nivel mundial como consecuencia de la rápida propagación del COVID-19, se decretó en nuestro país un estado de emergencia nacional que rige desde el 16 de marzo.

Los cambios normativos relacionados con el COVID-19 empezaron el 15 de marzo de 2020, mediante la publicación del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM (en adelante, el DS 44-2020), a través del cual el Poder Ejecutivo declaró el estado de emergencia nacional.<sup>1</sup> La norma dispuso el aislamiento y la inmovilización social obligatoria y estableció que ciertos servicios considerados «esenciales» estarían exceptuados de tales medidas.

Se debe precisar que el DS 44-2020 fue modificado y complementado posteriormente por decretos supremos, decretos de urgencia, resoluciones ministeriales y comunicados que tuvieron como finalidad evitar que el COVID-19 se siga esparciendo por el territorio nacional.

Es evidente que todas estas medidas han generado grandes impactos. Por un lado, han afectado derechos fundamentales que tenemos todos los ciudadanos, como las libertades de tránsito y reunión, y la inviolabilidad de domicilio. Por otro, han producido grandes daños al sector económico, debido a que durante el estado de emergencia solo podrían operar, como señalamos, las personas naturales o jurídicas que presten servicios considerados esenciales, y deben hacerlo, además, en cumplimiento de las medidas sanitarias exigidas por el Gobierno.

Como era de esperarse, estas prohibiciones y restricciones no han sido cumplidas con la rigurosidad esperada, lo que ha obligado a las autoridades a realizar miles de intervenciones y detenciones de ciudadanos que no han respetado las restricciones decretadas. De igual manera, se ha intervenido, clausurado y sancionado a empresas que no deberían operar durante el estado de emergencia y a algunas otras que, aunque contaban con el permiso para funcionar, incumplieron las medidas sanitarias exigidas.

Sin embargo, hemos verificado que en varios casos la autoridad ha actuado de manera indebida, sea por desconocimiento de la norma o simplemente por arbitrariedad. Estas actuaciones irregulares han consistido sobre todo en intervenciones,

---

1 Dicha normativa se encontraba vigente durante la elaboración de este artículo académico.

retenciones o detenciones realizadas totalmente al margen de todas las disposiciones que se han emitido con la finalidad de dar cumplimiento al estado de emergencia.

En ese sentido, este artículo tiene como primer objetivo identificar los riesgos penales a los que se encuentran expuestas las personas naturales y jurídicas durante el estado de emergencia. Seguidamente, propondremos algunas medidas preventivas —*compliance*— y protocolos de reacción que servirán para evitar sanciones penales que en muchos casos podrían resultar arbitrarias.

## 2. Riesgos penales

Creemos que los principales riesgos penales relacionados con el estado de emergencia se pueden incluir en dos grandes grupos: (i) riesgos vinculados con intervenciones a empresas o sus trabajadores, y (ii) riesgos relacionados con la restricción de derechos fundamentales de los ciudadanos. A continuación explicamos en qué consisten estos riesgos y cómo podemos prevenirlos.

### 2.1. Intervenciones indebidas a empresas o sus trabajadores

Hemos verificado que durante el estado de emergencia se han producido algunos casos en los que la autoridad ha actuado de manera desmedida o arbitraria. En primer lugar, tenemos a las empresas que han sido intervenidas por operar pese a que su funcionamiento no estaba permitido. En segundo lugar está el caso de las empresas que, aunque sí estaban autorizadas para operar, a criterio de las autoridades lo hacían sin cumplir las medidas sanitarias establecidas. Finalmente tenemos el caso de los repartidores de productos, autorizados a circular con vehículos particulares para realizar sus labores durante el estado de emergencia.

#### ***(i) Empresas autorizadas para operar durante el estado de emergencia***

En el transcurso de los primeros días del estado de emergencia se produjeron incidentes vinculados a intervenciones contra empresas de diversos sectores. Por ejemplo, en el caso específico del sector agrícola se intervino a empresas que se dedican a la exportación de productos o que se encuentran en las etapas de producción y distribución. De acuerdo con las autoridades, dichas actividades solo podían realizarse cuando finalice el estado de emergencia.

Por tanto, según la autoridad (Fiscalía, Policía, Ejército y, en algunos casos, hasta las propias municipalidades) estas empresas deberían paralizar de manera inmediata sus operaciones bajo apercibimiento de que sus representantes sean denunciados penalmente por la comisión del delito de violación de medidas sanitarias, tipificado en el artículo 292 del Código Penal.<sup>2</sup>

---

2 Artículo 292 del Código Penal: «El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años y con noventa



Este delito sanciona con pena privativa de libertad de entre seis meses y tres años a quien de manera dolosa viola las medidas legales impuestas por el Estado para evitar la propagación de una enfermedad, en este caso el COVID-19.

Hay que tener en cuenta que el delito en mención es una ley penal en blanco, lo cual significa que para completar su contenido se requiere remitirse a una norma extrapenal (Bramont, 1950, p. 23).

En el caso del delito de violación de medidas sanitarias, las normas que nos ayudarán a identificar cuáles son las medidas impuestas para evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 son el DS 44-2020 y el Decreto Supremo N° 51-2020-PCM, los cuales establecen la inmovilización social obligatoria, así como otras disposiciones que complementan dicha disposición (prohibición de tránsito en vías nacionales salvo casos de emergencia o para transporte de carga y mercancías, uso obligatorio de mascarillas, circulación vehicular solo para emergencias, a menos de 30 km/h y utilizando luces de emergencia, entre muchas otras).

Así, para determinar la responsabilidad penal del representante de una empresa por la comisión del delito de violación de medidas sanitarias se deberá verificar qué medida sanitaria dictada por el Poder Ejecutivo fue incumplida por la empresa.

Sobre el caso particular del sector agrícola, debemos precisar que el DS 44-2020 y los comunicados oficiales del Ministerio de Agricultura y Riego (MINAGRI) garantizan la salida del país de alimentos. En ese sentido, el DS 44-2020 establece que las «[...] autoridades competentes adoptan las medidas necesarias para garantizar el ingreso y salida de mercancías del país por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados».

En la misma línea, el MINAGRI emitió un comunicado el 16 de marzo así como la Resolución Ministerial N° 94-2020-MINAGRI de fecha 3 de abril de 2020, a través de los cuales se precisa la lista de actividades incluidas como «adquisición, producción y abastecimiento de alimentos» autorizadas por el DS 44-2020. El artículo 2 de la referida resolución ministerial señala que las actividades son:

- a) Cosecha de productos agrícolas a nivel nacional.
- b) Cuidado y mantenimiento de cultivos, crianza de animales, ordeños, forestales y actividades agropecuarias diversas.
- c) Traslado de productos agrícolas, animales vivos para consumo, sus productos y subproductos, apícolas para polinización que dan continuidad a la productividad, a los diversos centros de procesamiento, transformación, acopio, almacenaje, distribución y comercialización.
- d) Operación y mantenimiento de centros de procesamiento primario y secundario de alimentos.
- e) Elaboración y entrega de materiales e insumos agrícolas, que incluye la importación, formulación, transporte, comercialización de semillas y plantas; guanos de isla, plaguicidas, abonos y fertilizantes incluyendo sus ingredientes activos, aditivos y envases que se utilizan para su formulación y uso.

---

a ciento ochenta días-multa».

- f) Elaboración y entrega de materiales e insumos pecuarios, que incluye la importación, formulación, transporte, comercialización de forraje, alimentos balanceados y sus componentes, productos veterinarios y material genético.
- g) Importación y exportación de productos agropecuarios.
- h) Riego de los terrenos de producción agrícola, operación y mantenimiento de infraestructura mayor y menor de riego (presas, represas, bocatomas y canales de riego).

Como se desprende del DS 44-2020 y las disposiciones emitidas por el MINAGRI, el Estado no solo garantiza la producción de alimentos para ser vendidos al interior del país, sino que autoriza también la continuidad de todas las exportaciones. En esa misma línea, el 26 de marzo de 2020 el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo emitió un comunicado mediante el cual estableció que «el Comercio Exterior no se ha detenido y el tránsito de productos desde o hacia Perú sigue circulando a través de los puertos, aeropuertos o puntos fronterizos habilitados».

De igual manera, queda en evidencia que no solo podrán operar las empresas de este sector que se dedican a la exportación, sino incluso aquellas que únicamente cuidan las cosechas. La lógica es simple: si bien estas tierras no están en aptitud de producción inmediata, sí lo estarán en el futuro, con lo que su falta de mantenimiento podría generar, más adelante, un quiebre en la cadena de abastecimiento.

Sin embargo, y como ya hemos adelantado, al estar ante una situación de emergencia sin precedentes, en muchas ocasiones las autoridades han realizado intervenciones indebidas. Ante esta contingencia resulta necesario que las empresas cuenten con un protocolo de cumplimiento para actuar ante intervenciones de las autoridades durante el estado de emergencia y para poder controlar correctamente los nuevos riesgos empresariales que se hayan generado como consecuencia del COVID-19.

De ahí la importancia de que las empresas actualicen sus matrices de riesgos incluyendo los nuevos riesgos empresariales vinculados con el COVID-19, así como las medidas de mitigación para controlarlos. De igual modo, las empresas deben implementar políticas y protocolos de bioseguridad y asignar a una persona la responsabilidad de implementar dichas políticas y protocolos. También resulta crucial que las empresas capaciten a sus trabajadores respecto a las políticas y protocolos que implemente la empresa, así como en relación con las normativas dictadas por el Poder Ejecutivo. Finalmente, se debe fomentar el uso de los canales de denuncia para que los trabajadores denuncien a aquellas personas que incumplan los protocolos y políticas preventivas adoptadas por la empresa.

Así mismo, consideramos que las empresas deben tener un *file* que contenga documentación relevante como el DS 44-2020 y sus normas complementarias, así como los comunicados emitidos por los sectores correspondientes, los cuales acreditan que la actividad realizada por la empresa está autorizada para continuar durante el estado de emergencia. De igual modo, en el *file* deben obrar todas las políticas y protocolos preventivos que haya adoptado la empresa, con el fin de demostrar que está cumpliendo con las medidas sanitarias.

En caso exista una intervención indebida de la autoridad, el representante de la empresa deberá entregarle este *file* para poder demostrar que la compañía se encuentra autorizada para operar durante el estado de emergencia y que cumple con las medidas sanitarias dictadas por el Poder Ejecutivo.

**(ii) *Empresas autorizadas para operar durante el estado de emergencia que no cumplen medidas sanitarias***

Hemos visto también que las autoridades han intervenido empresas autorizadas para operar que estarían incumpliendo las medidas sanitarias exigidas. En el caso específico de un *call center* autorizado para operar, la Policía y la Fiscalía llegaron al extremo de detener en flagrancia a los representantes de la empresa por la supuesta comisión de los delitos de violación de medidas sanitarias y atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.<sup>3</sup> En este caso deberemos recurrir también a la norma extrapenal a efectos de conocer qué medidas sanitarias deben ser implementadas por las empresas autorizadas para operar durante el estado de emergencia.

Al respecto, tenemos que estas medidas se encuentran contempladas en la Resolución Ministerial N° 55-2020-TR, expedida por el Ministerio del Trabajo, y la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, expedida por el Ministerio de Salud. Las principales medidas por implementarse son: la difusión de mensajes informativos de salud, el suministro de material higiénico apropiado, evaluación del estado de salud de los trabajadores, contar con mínimo personal indispensable, la implementación del trabajo remoto en la medida de lo posible, entre otras. Así mismo, las empresas deben implementar un plan<sup>4</sup> para la vigilancia, prevención y control del COVID-19, el cual debe contener: (i) número de trabajadores; (ii) riesgo de exposición a COVID-19 por puesto de trabajo; (iii) características de vigilancia, prevención y control por riesgo de exposición; y, (iv) lineamientos<sup>5</sup> de vigilancia, prevención y control.

Si estas medidas son debidamente implementadas, en principio la autoridad no podría sancionar a la empresa o sus representantes por los delitos antes mencionados, toda vez que ambos requieren, para su configuración, el incumplimiento de las medidas sanitarias impuestas durante el estado de emergencia.

---

3 Artículo 168-A del Código Penal: «El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave».

4 El Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del COVID-19 debe ser aprobado por el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o por el supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo para, luego, ser registrado en el Sistema Integrado para COVID-19 del MINSA.

5 En la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA se establece que las empresas deben implementar siete (7) lineamientos: (i) Limpieza y desinfección del centro de trabajo; (ii) Evaluación de la salud del trabajador; (iii) Lavado y desinfección de manos; (iv) Sensibilización a los trabajadores para prevenir el contagio; (v) Medidas preventivas de aplicación colectiva; (vi) Medidas de protección personal; y (vii) Vigilancia de la salud del trabajador.

En caso de intervención de la autoridad en las instalaciones de una empresa, se deberá contar con un *file* que incluya, además de las normas que establezcan la autorización para que aquella opere, toda la documentación que demuestre que la empresa está operando conforme a las medidas sanitarias establecidas, incluyendo la evidencia física de dichas medidas, como fotografías, videos, protocolos entregados a sus trabajadores, entre otras. Creemos que dentro de esta documentación debería figurar también el registro actualizado de asistencia de trabajadores y las funciones de cada uno a efectos de demostrar el uso del personal mínimo indispensable.

Finalmente, debemos precisar que, además de implementar las medidas sanitarias señaladas en el párrafo anterior, la empresa deberá disponer únicamente del personal mínimo indispensable para la realización de las actividades autorizadas, en virtud del propio DS 44-2020. Ante ello, resulta necesario que la empresa cuente con un registro de asistencia diario, así como con el organigrama de funciones de los trabajadores a través del cual se demostrará que la empresa cuenta con el mínimo de trabajadores para continuar con sus operaciones.

### ***(iii) Repartidores de empresas autorizadas que se movilizan en vehículos particulares***

Hemos podido corroborar que durante el estado de emergencia se ha retenido a muchos trabajadores de empresas autorizadas que circulan con vehículos particulares, específicamente en el caso de los repartidores o *delivery* de alimentos y medicinas para personas y animales domésticos.

Sobre este punto, de acuerdo con el DS 44-2020, los trabajadores que realizan servicios esenciales, entre los cuales se encuentra el servicio de abastecimiento de alimentos y medicinas, no están sujetos al aislamiento e inmovilización social obligatoria.

El Ministerio de la Producción también emitió un comunicado mediante el cual informaba que, en virtud de las disposiciones legales emitidas, se permite la circulación para las actividades de adquisición, producción, almacenamiento, transporte, distribución (incluyendo el servicio de la entrega a domicilio) y comercialización de alimentos.<sup>6</sup>

Se debe precisar que el reparto de alimentos y medicinas también se encuentra incluido dentro de los alcances del DS 44-2020, tal y como ha sido confirmado por el comunicado del MINAGRI de fecha 16 de marzo de 2020, en el que se señala que se permite la circulación del personal mínimo indispensable dedicado al «cuidado y mantenimiento de plantas, animales, actividades agropecuarias y forestales».

Pese a estar claramente establecido que el *delivery* de alimentos para animales está permitido durante las 24 horas, hemos visto con preocupación que autoridades policiales y militares han intervenido a dichos trabajadores para luego llevarlos a la comisaría y retenerlos hasta por 24 horas bajo amenaza de ser multados y retener su licencia de conducir como consecuencia de un supuesto incumplimiento de las normas que rigen durante el estado de emergencia. Ante esta situación de reiteradas intervenciones por parte de las autoridades, resulta importante que los repartidores

---

<sup>6</sup> Ver <https://www.gob.pe/institucion/produce/campa%C3%B1as/869-comunicado>

cuenten con ciertos documentos que les permitan continuar con sus labores sin interferencia por parte de las autoridades.

Entre estos documentos se encuentran el Documento Nacional de Identidad del trabajador, las credenciales de la empresa para la cual trabaja, la licencia de conducir y la tarjeta de propiedad del vehículo en el que se transita, así como el texto vigente del Decreto Supremo 44-2020 y demás disposiciones que autorizan la continuidad de las actividades de la empresa para la cual trabaja.

Así mismo, y a efectos de evidenciar que el trabajador ha sido intervenido mientras realizaba sus labores de reparto, se recomienda que también cuente con la guía de remisión de los productos que va a entregar, en la que, por exigencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), se establece el punto de origen y punto de destino.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con los comunicados conjuntos de fecha 30 de marzo y 29 de abril emitidos por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa, el trabajador que circule deberá contar con el pase personal laboral, vigente desde el 1 de abril, el cual se tramita vía online (<http://www.gob.pe/paselaboral>) y que cuenta con una vigencia de 48 horas, así como con un pase vehicular solicitado en la misma plataforma donde se debe consignar la placa del vehículo.

## **2.2. Restricción de derechos fundamentales de particulares**

Corresponde ahora analizar los riesgos penales a los que se exponen los ciudadanos de a pie durante el estado de emergencia. Según el DS 44-2020, las personas podrán transitar para la adquisición de productos de primera necesidad, productos farmacéuticos, así como para la asistencia y cuidado de personas vulnerables. Esta facultad se restringe durante la inmovilización social obligatoria o toque de queda, excepto cuando se trate de una emergencia.<sup>7</sup>

Lamentablemente, muchos sectores de la población han incumplido estas disposiciones, situación que generó que el Gobierno aumente las restricciones y prohibiciones, tal y como veremos a continuación.

En principio, la Resolución Ministerial N° 304-2020-IN, publicada el 17 de marzo del presente año, establecía que en caso de incumplimiento de las disposiciones legales emitidas para el estado de emergencia nacional, se procedía a retener a la persona intervenida para registrar sus datos y, en casos de incumplimiento reiterado, se aplicaría la detención policial por el delito de violación de medidas sanitarias ya explicado anteriormente. En efecto, el artículo 7.2 de la citada Resolución establecía:

7.2. En caso [de] verificarse incumplimientos a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, los infractores serán conducidos en calidad de retenidos a la Comisaría más cercana para el control de identidad. En caso de reiterancia se

---

<sup>7</sup> En estos supuestos de emergencia se puede circular utilizando un pañuelo blanco si el tránsito es caminando, o con las luces de emergencia del vehículo prendidas y a una velocidad máxima de 30 km/h, para que así las autoridades puedan advertir que se trata de una situación de emergencia.

procederá a su detención conforme a lo dispuesto en el artículo 292° del Código Penal; para los efectos de determinar la reiterancia se llevará un registro en el Sistema de Denuncias Policiales.

Posteriormente, el 27 de marzo el Ministerio del Interior publicó el Decreto Supremo N° 004-2020-IN, el cual establece la creación del Registro Informático de Incumplimiento para las personas que infrinjan las normas legales del estado de emergencia, señalando que la información registrada será remitida al Ministerio Público para que se dé inicio a la respectiva investigación preliminar.

Seguidamente, mediante Resolución Ministerial N° 309-2020-IN, publicada el 31 de marzo, se estableció que en caso de incumplimiento de las disposiciones legales emitidas para el estado de emergencia nacional, se procedería a detener a la persona intervenida para registrar sus datos, retener su licencia de conducir y tarjeta de propiedad en caso estuviera transitando en un vehículo particular, para luego remitir copias al Ministerio Público por la comisión del delito de violación de medidas sanitarias. Así, se señala textualmente que:

7.2. En caso [de] verificarse incumplimientos a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisado mediante Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, y al Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 053-2020-PCM, los intervenidos serán conducidos a la Comisaría más cercana para el control de identidad y para su inscripción en el Registro Informático de incumplimiento de las medidas de aislamiento social obligatorio e inmovilización social obligatoria dispuestas en el marco del Estado de Emergencia Nacional, creado mediante Decreto Supremo N° 004-2020-IN. La información contenida en el Registro será remitida al Ministerio Público para las acciones que correspondan en el marco de sus competencias.

[...]

7.4. En caso de incumplimiento a la prohibición de tránsito de vehículos particulares, la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas están facultadas a retener la licencia de conducir y la tarjeta de propiedad mientras dure el Estado de Emergencia, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan.

Vemos entonces cómo el Gobierno ha ido endureciendo las sanciones para las personas que incumplen las medidas restrictivas vigentes durante el estado de emergencia. De hecho, la Resolución Ministerial N° 309-2020 señala expresamente, en su artículo 1, que con su publicación se deroga la Resolución Ministerial N° 304-2020. En la práctica esto significa que, desde la vigencia de la Resolución Ministerial N° 309-2020, cualquier persona que se encuentre incumpliendo las restricciones decretadas por el Gobierno será detenida y se le abrirá una investigación por la comisión del delito de violación de medidas sanitarias.

Es más, podría suceder incluso que si el ciudadano contagia a otro con el COVID-19, aquel será también imputado, en concurso ideal, por la comisión del delito de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas, tipificado por el artículo 289 del Código Penal. Este delito sanciona con 3 a 10 años de pena privativa de libertad a quien, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas.



De una primera lectura del delito se puede advertir que el agente debe actuar a título doloso, pues debe tener conocimiento sobre la contagiosidad o riesgo de la enfermedad en terceros, a pesar de lo cual propaga la enfermedad a una o más personas. En ese sentido, se exige la intención del autor de propagar la enfermedad, así como el resultado de que una persona sea contagiada a causa de la conducta desplegada por aquel.

Debemos precisar que el autor del delito no se limita a quien padezca del virus, pues la tipificación del delito contemplado en el artículo 289 del Código Penal sanciona a quien «a sabiendas» propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa, sin importar si el autor fue la causa del contagio o si la causa fue un objeto que sabía estaba infectado con el virus (por ejemplo, un pañuelo).

El delito analizado contempla un agravante ante las situaciones en las que la víctima sufre lesiones graves o muere por causa de la enfermedad contagiada, sancionando al autor en estos casos con una pena privativa de libertad de 10 a 20 años. Hay que tener en cuenta también que, de acuerdo con lo señalado por el artículo 295 del Código Penal, este delito se puede cometer de manera culposa, en cuyo caso se impondrá una pena privativa de libertad no mayor a dos años.

Tomando en cuenta lo antes explicado, si una persona incumple las normas legales que regulan el estado de emergencia nacional y, además, contagia dolosamente a otros con cualquier enfermedad peligrosa como el COVID-19, dicha persona podrá ser denunciada por los delitos de violación de medidas sanitarias y propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa.

Creemos que cuando los imputados por estos delitos sean detenidos en flagrancia, el Ministerio Público estará facultado para solicitar al Poder Judicial la aplicación de un proceso inmediato, conforme a lo establecido por el inciso 1 del artículo 446 del Nuevo Código Procesal Penal.<sup>8</sup>

Es importante tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 447 del Nuevo Código Procesal Penal, al término de la detención policial, que puede durar hasta 48 horas, el fiscal podrá pedir al juez la incoación del proceso inmediato, teniendo el juez un plazo de 48 horas para citar a audiencia. En esta audiencia el juez decidirá si admite la aplicación del proceso inmediato y se pronunciará sobre las medidas cautelares personales que solicite el Ministerio Público. Podría suceder entonces que el imputado esté detenido hasta 96 horas y que solo luego de la audiencia de incoación de proceso inmediato la persona sea liberada en caso así lo solicite el fiscal o en caso se solicite prisión, pero el juez resuelva otorgar libertad al imputado.

Otro punto relevante a tener en cuenta es que el inciso 2 del artículo 447 del Código Procesal Penal permite la aplicación de alternativas distintas de solución con respecto a la situación jurídica del imputado. Así, tenemos que en la audiencia antes mencionada se podrá solicitar la aplicación del principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada.

---

<sup>8</sup> La sección de aplicación de proceso inmediato que incluye los artículos 446, 447 y 448 del Nuevo Código Procesal Penal se encuentra vigente a nivel nacional de acuerdo con lo señalado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1194, publicado el 20 de agosto de 2015.

El principio de oportunidad «opera como excepción a la regla de la legalidad y permite, en algunos casos definidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública», es decir, faculta al Ministerio Público a renunciar a la acción penal siempre y cuando concurren cualquiera de las causales contempladas en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

Entre los requisitos para aplicar el principio de oportunidad, el inciso 'c' del artículo 2 señala que los delitos denunciados no pueden sancionarse con más de cuatro años de pena privativa de libertad.<sup>9</sup> En ese sentido, el delito de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa —sancionado con 3 a 10 años de pena privativa de libertad— no resulta pasible de aplicársele el principio de oportunidad, mientras que en el caso del delito de violación de medidas sanitarias sí se puede aplicar un principio de oportunidad al contar con una pena de seis meses a tres años.

En caso de concurso real de ambos delitos tampoco será posible aplicar el principio de oportunidad con base en lo establecido en el inciso 6 del artículo 2 del Código Procesal Penal:<sup>10</sup> «No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles» (cursivas nuestras).

Por otro lado, es importante señalar que, en virtud del comunicado emitido por el Ministerio de Defensa el 31 de marzo del presente año, dicha entidad viene trabajando de manera conjunta con el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Procuraduría para implementar procesos penales sumarios con detención preliminar para los casos en los cuales se haya agredido a las autoridades policiales o militares durante las intervenciones.<sup>11</sup>

### 3. Conclusiones

A manera de resumen, pasamos a detallar las principales conclusiones de los temas tratados a lo largo de este artículo.

---

9 Artículo 2, inciso 'c' del Código Procesal Penal: «c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo».

10 Artículo 2, inciso 6 del Código Procesal Penal: «6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procede un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 149 primer párrafo, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles». El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3 del presente artículo.

11 <https://www.gob.pe/institucion/mindef/noticias/111667-plantean-procesos-sumarios-con-detencion-preliminar-para-quienes-agredan-a-policias-y-militares>



1. Las empresas deben tener claro cuáles son las actividades autorizadas a continuar durante el presente estado de emergencia, en virtud del Decreto Supremo 044-2020-PCM, así como los comunicados sectoriales donde se precisa cuáles son los alcances de dicho decreto. Ello atendiendo a que las autoridades vienen realizando interpretaciones arbitrarias de las disposiciones legales emitidas en el estado de emergencia.
2. Las empresas autorizadas a operar durante el estado de emergencia deben cumplir con implementar las medidas de salud establecidas por el Ministerio de Salud, así como utilizar el personal mínimo indispensable para realizar las actividades empresariales. Recomendamos contar con la normativa sectorial correspondiente y documentos que acrediten el cumplimiento de prevención ante las autoridades.
3. Ante una intervención en el centro de trabajo, es importante que un representante de la empresa cuente con un *file* en el cual obren todas las normativas que demuestren que la empresa puede operar durante el estado de emergencia, así como las políticas y protocolos preventivos que haya adoptado la empresa. Dicho *file* deberá ser entregado a la autoridad que realice la intervención, con el fin de demostrar que la empresa tiene autorización para operar durante el estado de emergencia y que viene cumpliendo con las medidas sanitarias dictadas por el Poder Ejecutivo.
4. Los trabajadores de las empresas autorizadas para transitar en vehículos particulares deben contar con su Documento Nacional de Identidad, credenciales que acrediten el vínculo laboral con la empresa autorizada, el pase vehicular y el pase personal laboral vigente cuando sean intervenidos por las fuerzas policiales o militares; de lo contrario se les podrá retener su licencia de conducir y la tarjeta de propiedad del vehículo, y posteriormente podrán ser denunciados por el delito de violación de medidas sanitarias.
5. Los particulares deben transitar en cumplimiento de lo establecido en los Decretos Supremos N° 044 y N° 051-2020-PCM, bajo el riesgo de ser detenidos por la autoridad policial y denunciados penalmente por los delitos de violación de medidas sanitarias y propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas —en caso se contagie a un tercero—.

## Referencias

Bramont Arias, Luis (1950). *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*. Lima: Mundial de R. Meza Simich y Cía.



**El virus de la desobediencia a la Policía Nacional  
del Perú en estado de emergencia:  
fortaleciendo el debilitado principio de  
autoridad**

*Víctor García Sandoval*  
Universidad Privada de Tacna



## 1. Introducción

Éramos apasionadamente terribles, y parece que lo seguimos siendo. Para poder vivir en sociedad los seres humanos acordaron, a través de un contrato social tácito, que se les otorgasen ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de que disponían en estado de naturaleza, conforme lo postulaba Thomas Hobbes. Este acuerdo permitió que los derechos de los individuos constituyeran disposiciones del contrato social (J. J. Rousseau); mientras el Estado, ya constituido, es la entidad creada para, a través de autoridades, hacer cumplir el contrato en cualquier escenario o circunstancia.

En ese devenir del tiempo, en nuestro país se propaga de manera repentina, cual plaga de Egipto, un peligroso virus venido de la ciudad de Wuhán, China, y entramos en tiempo de coronavirus; una pandemia que azota la vida y la salud de casi toda la humanidad, entorpeciendo el sistema económico mundial y las estructuras sociales. El Gobierno adopta entonces medidas inmediatas para evitar que el mortal virus se propague de forma comunitaria; la principal de ellas, el «aislamiento social obligatorio».

Para que se cumpla esta medida, el presidente de la República emite el DS N° 044-2020-PCM, que declara el Estado de Emergencia Nacional e impone el toque de queda. A partir de entonces, la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno para hacer que todos los peruanos acaten la medida.

## 2. Rol constitucional de la Policía Nacional del Perú

Conforme al artículo 166 de la Constitución, la Policía es una institución con función constitucional que tiene por finalidad fundamental «garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia [...]». Es, así, persona hecha autoridad que asume la protección de sus ciudadanos y tiene el DEBER de hacer cumplir la ley.

La Policía debe cumplir su rol a cabalidad; tiene *per se* una obligación ética, moral, social, legal, y su desempeño tiene como base la disciplina. Por su parte, el

Estado debe defender y fortalecer esa función para contrarrestar la delincuencia y otras conductas negativas transgresoras del ordenamiento jurídico. En este momento especial de emergencia, todos los ciudadanos se deben convertir en aliados de la Policía, no salir de casa, con el fin de detener la propagación de la epidemia; respetar el «Quédate en casa» o «Yo me quedo en casa» y no convertirse en «enemigos» de la Policía y la misma sociedad. Este es el rol que cumplen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: proteger la salud pública.

### **3. Legislación nacional e internacional que regula su función constitucional**

En medio de esta pandemia, la Policía cumple un rol fundamental, concordante con el artículo 55 de la Constitución, concerniente a los tratados de derechos humanos que forman parte del derecho nacional, como el *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial* (Resolución Ministerial N° 952-2018-IN), publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de agosto de 2018 y en cuya finalidad se establecen los procedimientos y técnicas que permitan minimizar los riesgos para la integridad o la vida de los participantes en una intervención policial, haciendo énfasis en el uso diferenciado y proporcional de la fuerza, teniendo como marco normativo los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano.

Se trata de un conjunto normativo de derechos y normas como el Decreto N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, por la cual se deben al cumplimiento de la ley, el orden y la seguridad en toda la república, garantizando el cumplimiento de las leyes, desempeñándose con énfasis en la disciplina y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales; la Ley 30714, que regula su régimen disciplinario, y su reglamento, el DS N° 003-2020-IN, publicado en *El Peruano* el 14 de marzo de 2020, que encauzan su accionar; y, últimamente, también el Decreto de Urgencia N° 012-2020, publicado el 16 de enero de 2020, que establece medidas temporales para el pase a la situación de retiro del personal policial por falta de idoneidad para el cumplimiento de sus funciones policiales. Además, se tiene el Decreto Legislativo N° 1186, que regula precisamente el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 12-2016-IN. En ese mismo sentido tiene como imperativo categórico el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979 y ratificado por el Perú, que declara que «quienes tienen esas atribuciones respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas».

El Código de Conducta señala: «Además de exhortar a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que defiendan los derechos humanos, entre otras cosas *prohíbe* la tortura, declara que debe *usarse la fuerza* solo cuando sea estrictamente y de la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia» (cursivas nuestras).

De este modo, los derechos de las personas están protegidos de los posibles abusos; marcan un límite respecto de hasta dónde puede llegar la Policía en virtud del poder que le otorga el Estado. Existe un bloque de constitucionalidad que controla la función policial en este enorme desafío con estricto respeto a la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado; se trata de controles y contrapesos o frenos (*checks and balances*) en esa relación mutua con el ciudadano que permite al Poder Judicial controlar los límites de ese poder. La Policía no puede extralimitarse en el ejercicio de su poder ni quebrantar por acción u omisión todo ese conjunto normativo, en especial de la Ley 31012, de protección policial, mediante la cual se preceptúa que la Policía está exenta de responsabilidad. En realidad, la Policía no tiene licencia para agredir, matar o causar lesiones a los ciudadanos.

Esta eximencia ya se había dado con el Decreto Ley N° 19644, del 5 de diciembre de 1972, emitido por el presidente de la República, general EP Juan Velasco Alvarado, cuyo artículo 1 establecía: «El personal de las fuerzas policiales que, en actos del servicio o con ocasión de él, haga uso de sus armas en forma reglamentaria, está exento de responsabilidad penal, civil y administrativa; sin perjuicio de la investigación correspondiente».

En el artículo 2 del mismo DL se decía: «Los miembros de las Fuerzas Policiales [...] no serán objeto de medida preventiva administrativa ni judicial mientras no se expida sentencia condenatoria que le imponga pena efectiva privativa de la libertad».

Desde aquel tiempo, entonces, los miembros de la Policía Nacional deben ser y estar conscientes de que la naturaleza de su función es constitucional, en defensa del orden público y de la persona. En los tiempos actuales, su labor consiste en impedir el contagio de esta pandemia que azota la salud y la vida de nuestra nación, y se espera que lo haga de forma escrupulosa y honradamente, de acuerdo con los principios y derechos fundamentales que contempla la Constitución y esa diversidad de tratados internacionales que observan su función.

Deben tener formación y capacitación profesional para desempeñar esa importante misión de control interno en esta pandemia, teniendo como pilar de orientación fundamental para el ejercicio de sus funciones y atribuciones el *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial*. En su capítulo III, este manual establece cómo debe ser ejercida la labor policial en la sociedad y protección de las personas; en el punto C, «Garantías constitucionales y labor policial», se afirma:

La Constitución establece las garantías para que los derechos fundamentales sean respetados. Esta tutela se ejercita a través de los procesos constitucionales a los que todo ciudadano puede recurrir. En estos se determinan e imponen las consecuencias jurídicas derivadas de las acciones u omisiones que atenten contra los derechos constitucionales. La extralimitación en las acciones realizadas por los miembros de la Policía Nacional durante el servicio policial, o su omisión, además de cuestionar la labor policial puede traer como consecuencia la vulneración de algún derecho fundamental de la persona. Por lo tanto, existe la posibilidad de iniciar un proceso constitucional (hábeas corpus y amparo).

En el punto D del citado documento, «La labor policial en los regímenes de excepción», el punto 1 se refiere al estado de emergencia, lo que da cuenta de que nada ha quedado al azar, todo está normativamente justificado en cuanto a su rol funcional en relación con la sociedad. Del mismo modo, en el punto B considera entre los grupos en situación de vulnerabilidad, literal 6, a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), tema ampliamente difundido por los medios de prensa en esta situación de pandemia:

Son personas que, debido a los prejuicios, estereotipos y estigmas sobre su orientación sexual o identidad de género, suelen ser discriminadas en diversos ámbitos de nuestra sociedad, como el laboral, político, cultural y hasta el familiar. Esta situación las y los convierte en un grupo vulnerable y proclive a sufrir agresiones y ataques contra su vida e integridad, discriminación, insultos, exclusión y negación de derechos, no solo de parte de las autoridades o terceras personas sino incluso de su propia familia y entorno.

Por lo tanto, la intervención del día 7 de abril de 2020 a personas del grupo LGBTI mujeres transgénero en la comisaría de Bellavista, Callao, sometidas a castigo físico, fue un hecho aislado que no compromete la integridad institucional. La prensa informó que el ministro del Interior había dispuesto la separación de los efectivos, quienes fueron sancionados drásticamente. Tolerancia cero con ellos, pero cuando son víctimas de múltiples inconductas, simplemente no hay un accionar adecuado a la medida del agravio que signifique un paradigma de sanción a sus agresores. No hay igualdad de derechos.

En la segunda parte del mismo manual, capítulo I, se ha establecido que el personal policial debe contar con una preparación psicológica, en los siguientes términos:

A. PREPARACIÓN PSICOLÓGICA. La seguridad del efectivo policial está directamente relacionada con su preparación o estado mental. Esto le permitirá visualizar y ensayar sus acciones, de modo que se tenga una respuesta en razón a la forma de actuar de los presuntos infractores de la ley. [...] Para actuar en la vida real, el policía tiene que entrenar lo máximo posible. [...] Si el policía no se prepara mentalmente para las situaciones o lo que resulte de ellas, muy probablemente tendrá un desempeño no deseado, pudiendo incluso quedarse paralizado y ser víctima de los acontecimientos. [...] Contrario a lo que se puede pensar, el condicionamiento físico y el arma que el policía tiene no es lo más relevante para su seguridad. El principio básico es su preparación mental que proporciona la base para todas sus decisiones.

#### B. CONTROL DE EMOCIONES E INTELIGENCIA EMOCIONAL

1. LAS EMOCIONES. Las emociones como la cólera, la ira, la compasión, el miedo, entre otras, son estados de ánimo que influyen directamente en el accionar del efectivo policial. El dominio de estas emociones permitirá mantener un comportamiento adecuado y realizar las operaciones policiales de manera apropiada. De igual forma, el equilibrio emocional permite mantener la serenidad ante el peligro y el valor suficiente para enfrentar situaciones de riesgo, garantizando el éxito de la intervención policial y haciendo prevalecer el sentido de justicia [...].



2. INTELIGENCIA EMOCIONAL. La entendemos como la capacidad de percibir los sentimientos propios y los de los demás, distinguir entre éstos y servirse de esa información para guiar el pensamiento y la conducta de uno mismo. Los efectivos de la Policía Nacional del Perú durante el servicio policial e incluso en su vida diaria deben direccionar sus talentos y capacidades organizados en los siguientes aspectos: • Capacidad para controlar las propias emociones (autocontrol, disciplina). • Capacidad para comprender las propias emociones y las de los demás (empatía). • Capacidad para percibir las emociones de forma precisa (percepción). • Capacidad de aplicar las emociones para facilitar el pensamiento y el razonamiento. Estas habilidades pueden ser aprendidas con el tiempo y la práctica.

Como vemos, su función y atribución debe estar nutrida y sustentada en la preparación psicológica y moral, en razón de que tiene una repercusión directa con la calidad de vida y seguridad de los individuos de la sociedad en su conjunto.

#### **4. Pero qué pasa en la realidad, y que se articula al presente estado de emergencia**

Un problema de vieja data en nuestra sociedad es la falta de respeto a la autoridad policial, ese constante quebrantamiento del principio de autoridad en el ejercicio de sus funciones que se da en múltiples manifestaciones y que fue más debilitado con el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, en su fundamento 21, cuando la Corte Suprema dejó sentado que:

[...] *Así, actos como empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzar escupitajos, no pueden ser considerados como formas agravadas. Sobre todo, porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones; la pena entonces que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367.* (Cursivas nuestras)

Creo que este fue un mal mensaje para el país, máxime si se considera que vino de un ente de tan alto nivel del Estado que administra justicia, porque afectar la honra es afectar el honor y la dignidad de la persona; por lo tanto, una trasgresión a la Constitución cuyas conductas deberían ser tipificadas como agravantes en el artículo 367 y aplicarse esa pena conminada.

Precisamente en este estado de emergencia la desobediencia social ha sido expuesta en su máxima expresión, que tal vez se atenúe con las multas que se han empezado a imponer, porque si dejamos las cosas a su libre albedrío eso va permitir que a un policía en ejercicio de sus funciones se le empuje y se le agrede y, así, se afecte su honra. No hacer nada es reforzar o alimentar la desobediencia o rebeldía destructiva contra la autoridad; además, este empujón puede ser un empujón preterintencional que haga perder el equilibrio al policía, lo derribe y le cause lesiones

graves. ¿Se podría hacer lo mismo con los jueces y fiscales en ejercicio de sus funciones?

## **5. Cómo se debería defender su función**

Chile nos ilustra con un caso hecho público por la prensa. Se trata de un video en el que se ve que, en horas de la madrugada, un carabinero interviene a un ciudadano en el interior de su vehículo, y le pide su identificación y la del vehículo. En vez de obedecer la orden del policía, respetar la autoridad y la ley, el intervenido, en una actitud desafiante, refuta verbalmente la intervención y empieza a empujar con el vehículo al carabinero, al tiempo que le dice que no lo puede intervenir y que lo está grabando. Intenta atropellarlo y, tal vez, fugarse. Con esa actitud, el referido ciudadano quebró de manera flagrante el principio de autoridad. Luego de hacerle las advertencias protocolares del caso, el policía le dispara y la bala impacta en un brazo y el hombro, según informaron las autoridades del hospital en el que fue ingresado el joven de 21 años.

Esto generó opiniones encontradas en el país sureño: tirtos y troyanos se rasgaron las vestiduras, pero posteriormente el presidente Sebastián Piñera salió a defender la actuación del carabinero, al subrayar: «Quiero decirlo en forma fuerte y clara: nadie tiene derecho a oponerse o a resistir por la fuerza una detención, un control de tránsito, un control de vehículo o de identidad, porque esa es una facultad que tienen nuestros carabineros».

Aquí el jefe supremo, el presidente de la República, asumió su rol: defender al policía que actuó dentro del marco constitucional y las leyes específicas que rigen su accionar. No me imagino la desventura de ese policía en nuestro país. Esa es la forma de fortalecerlos moral, emocional y mentalmente en su misión y finalidad fundamental. En el Perú, varios policías han sido empujados con vehículos, atropellados, arrastrados por cuerdas, lanzados al suelo, lesionados gravemente; algunos han terminado con el rostro ensangrentado. Y no han podido dispararles a los infractores por temor a ser procesados; ni jefe supremo alguno ha emitido un pronunciamiento haciendo un llamado de atención o defendiendo la función constitucional del policía.

## **6. La nueva Ley de Protección Policial y los sentires que se veían venir**

Esa desprotección de la función policial viene de mucho tiempo atrás, en virtud de decisiones legislativas que despiertan perplejidad porque dejan a la Policía desamparada. La delincuencia avanza de manera desmedida y queremos paz y seguridad para desarrollarnos. Tomemos, entonces, la decisión hacia el camino correcto. Singapur lo hizo.

Este quiebre del principio de autoridad ha sido atemperado con la Ley N° 31012, publicada el 27 de marzo de 2020. Su denominación, «Ley de Protección Policial», parece que exacerba los ánimos de la equivocada creencia de que se le está dando

a la policía licencia para salir a disparar, perdiendo de vista que su primera y principal arma para intervenir es la persuasión, la amonestación y otros protocolos que dependen de las circunstancias. Ahí está el caso de los policías que se defendieron haciendo uso de sus armas ante el ataque subrepticio y sorpresivo de la pareja de la actriz Angie Jibaja, ocurrido la noche del 10 de abril de 2020. Tal denominación —«Ley de Protección Policial»— al parecer está mal esbozada y puede dejar la sensación de que se inclina a ser una ley con nombre propio a favor de una institución tutelar del Estado, que no lo necesitaba; pudo tener otra denominación: Ley que garantiza la intervención policial, o Ley que garantiza la eficiencia del servicio policial, entre otros; pero veo que la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP mantiene la misma esencia.

Esto no significa permitir o alimentar el autoritarismo, el abuso o la prepotencia de una Policía dictadora, injusta o arbitraria, sino la defensa de una Policía respetada y equilibrada en sus funciones, que busca resguardar su finalidad fundamental, que no puede perder de vista en su accionar el artículo 3 de la Ley 31012, sobre su posible responsabilidad penal.

## **7. El virus de la desobediencia a la Policía Nacional**

Preocupa el vejamen al policía peruano de alguna parte de la ciudadanía. En esta cuarentena o «aislamiento social» se ha visto que la Policía se enfrenta a gente que no entiende la dimensión de la epidemia mortal, como cuando se encontró a 11 ciudadanos venezolanos en una fiesta ruidosa ingiriendo licor e incomodando a los vecinos. Nuestros policías son agredidos constantemente con insultos racistas, clasistas, y no se imponen sanciones ejemplarizadoras por tan nefastas conductas en agravio de la autoridad y la sociedad. Estos hechos se ven solo en nuestro país y en muy pocos países del orbe. El respaldo del Estado, de ese Estado al que ellos representan cuando son atacados, es casi nulo.

Del mismo modo se difundió en los medios de comunicación que un ciudadano insultó y discriminó a policías y militares el 7 de abril de 2020, con estas expresiones: «Qué me vas a cuidar, cholo de..., yo me cuido solo. No tienes plata para estudiar en la universidad ni nada, por eso eres policía. Ahora cuídame». Una acción deplorable contra quien, como médicos y militares, luchan por mantener el aislamiento, para evitar más contaminaciones mortales, en un país con un precario sistema de salud.

Esta pandemia ha desnudado nuestra realidad en relación con quienes son vidas que cuidan la vida y resultan agredidos, insultados, ofendidos, ultrajados. Somos indiferentes e insensibles frente a los policías, a quienes necesitamos más que nunca en estas horas difíciles y aciagas de dolor para muchas familias del país. Los tratamos mal. Considero que se debe detener este virus psicológico de la sociedad a través del Estado.

Por primera vez en la historia, muchas personas pueden morir o ya están sucumbiendo por contagios involuntarios o irresponsables, sin medir el peligro, al margen de los que ya han fallecido; hay más probabilidades de perder la vida por

este invisible virus mortal que morir en un asalto, un accidente, etcétera. Ese es hoy nuestro contexto.

Entonces, ¿hacia dónde dirigen su conducta algunas personas? ¿Cómo los protege la Policía de sus propios poderes o voluntades autodestructivas? «Yo estoy sano y soy fuerte, no me pasa nada», se escucha decir: es la desafiante actitud frente al virus mortal; no se dan cuenta de su vulnerabilidad para protegerse y ser solidarios con la prevención y cuidado de los demás. Aquí hay que echar una mirada hacia esta evolución o introspección psicológica de la persona en nuestra sociedad, porque no hay otra manera de cambiar estas mentalidades ni de reflexionar sobre el futuro del país, para separarlo de la epidemia y acabar con tanta informalidad. Hay que replantear la relación policía-ciudadano, sobre todo en el caso de este tipo de personas que parece que no saben por qué viven. Decía Arthur Schopenhauer: «Todos los seres humanos quieren vivir, pero ninguno sabe por qué vive» (*El arte de envejecer*). Pareciera que este fuera el caso de aquellas personas.

Hoy la Policía ha perdido el principio de autoridad. Sería tedioso enumerar los muchos factores que han conducido a este deterioro del prestigio y respeto a la institución. Pero el policía de vocación, cuyo principio supremo es el servicio al prójimo, a su patria, está dando su vida para salvar otras vidas. Su trabajo, al margen de ser una profesión, un oficio, es una misión, una forma de vivir, una filosofía de vida al servicio de la sociedad.

La realidad actual es cruda: ya van 115 policías fallecidos y más de 6500 contagiados con el COVID-19. Debe aplicarse tolerancia cero a la falta de respeto a la autoridad policial en ejercicio de sus funciones, nula flexibilidad a esas conductas o actitudes, con la finalidad de atacarlas y restablecer el principio de autoridad.

Este problema no tiene las mismas dimensiones en países como Chile, Brasil, Estados Unidos o Canadá, donde la Policía está muy fortalecida legal, logística y sobre todo moral y mentalmente. Si queremos cambiar el país, no podemos soslayar el hecho de que contamos con una policía débil y sumisa para impedir que crezca el contagio en estos momentos de pandemia mortal, cuando corre peligro la vida de quienes están dando la suya para proteger a los ciudadanos y hacer frente a una delincuencia que alcanza caracteres alarmantes en agravio de la sociedad. El Estado no puede ser autocompasivo, sensación que tienen algunos sectores de la sociedad. Tenemos entonces que recuperar la república en este nuestro débil sistema democrático.

## **8. ¿Qué está pasando? ¿Se debe fortalecer el accionar policial?**

¿Qué pasa entonces en nuestra sociedad?: ¿se odia al policía?; ¿cuál es el móvil de esa desventura, de ese irracional sentimiento de algunas personas hacia la autoridad policial, que es parte de la población de la misma manera como la población es parte de ella; que cuida la vida en estos momentos tan difíciles y pavorosos? Tal vez ese odio o ira podría ser resultado de lo que se funda en nuestra sociedad y que podemos resumir en este pensamiento: «La crisis moral que vive el país, con manifiestos actos vandálicos, delincuenciales y de *corrupción* y, encima, soslayando la responsabilidad directa de sus actores con la *impunidad*, está conduciendo a una

mayor descomposición del comportamiento social que llevará a una permanente insatisfacción» (Falvy, 2017).

Se odia un trabajo que muy pocos quieren hacer, pero son ellos los que están protegiendo la vida, el valor más supremo. Un contrasentido. Bueno, pero deben estar preparados para enfrentarse a esas resistencias, claro que lo deben estar; pero estas no deben ser la regla, como parece ser en nuestra sociedad, sino la excepción. Tienen que actuar con mucho juicio o sentido común frente a esas rebeldías que no deben calar como un mal ejemplo en los niños y los jóvenes. El Estado no debe permitir el quiebre del principio de autoridad, y en eso hay que trabajar desde los colegios, universidades y desde la misma institución, preparándola permanentemente, fortaleciéndola. A la ciudadanía, a su vez, hay que corregirla y educarla a través de sus gobiernos locales y regionales.

Se debe fortalecer la función de la Policía con el objeto de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, el orden público, la seguridad ciudadana, para lograr la paz, el desarrollo social y económico en la pospandemia. Con el nuevo sistema procesal la sociedad percibe un debilitamiento de su finalidad fundamental. Es preciso asegurar que los policías no terminen siendo víctimas de agresiones físicas e insultos racistas sin que el Estado aplique sanciones rápidas, ejemplarizadoras, proporcionales a la falta de respeto a la autoridad. Ese comportamiento reprochable de desobediencia se contagia como el mismo virus de manera invisible en la psique de la sociedad y sale a la luz en cada intervención policial, lo que asfixia a la Policía y destruye la propia seguridad del ciudadano. Esas conductas no deben crecer, no deben quedar en la impunidad; porque, como diría Aristóteles, si la impunidad avanza, propendemos hacia nuestra propia autodestrucción.

## 9. Preparación integral

Para sobrellevar y contrarrestar esta indisciplina destructiva, la Policía también tiene que estar iluminada de tolerancia, persuasión, preparación psicológica y emocional, claves en este trabajo y en estas circunstancias excepcionales. Toca al policía «aguantar» ideas, insultos, ofensas graves de toda índole, o actitudes de personas que no precisamente coinciden con el bien común o el bienestar general que busca el Estado; pero este tipo de proceder censurable tiene que neutralizarse y cortarse cuando supera la línea que establece la ley. Considero que pasar esa línea es escupir, insultar, golpear, denigrar, empujar, agredir física o psicológicamente al policía en ejercicio de sus funciones. Cuando esto ocurre es preciso establecer o restablecer el imperio de la ley con la detención y sanción correspondiente, drástica y rigurosa. El accionar de algunos individuos agravia con su desobediencia su propia integridad y la de la sociedad, en un momento tan crucial. Pueden morir de diferentes maneras, inclusive contagiados, pero el problema es que su contagio genera externalidades, es decir, contagia a otras personas y genera más costos económicos, más vidas. Necesitamos una sociedad en la que se deje de lado la desidia y la necesidad, dar un giro copernicano, tomar conciencia, abrir el entendimiento, evolucionar, cambiar de actitud y cumplir nuestros deberes por convicción.

## 10. Mejorar en sus intervenciones

También la Policía tiene que mejorar en sus intervenciones, en el trato a las personas; ver cuáles son «sus ventanas o lunas rotas»; mejorarlos en cursos de psicología, ética, estoicismo, derecho constitucional, que increíblemente no he visto que se dicten en sus escuelas de formación y posgrado. Deben interiorizar la idea de que: «Un policía debe poseer la sabiduría de Salomón, la fuerza de Sansón, la paciencia de Job, el espíritu de conductor de Moisés, la bondad de la samaritana, la estrategia de Alejandro el Grande, la fe de David, la diplomacia de Lincoln y la tolerancia de Confucio», como afirmó August Vollmer, primer jefe de Policía de Berkeley, California (7 de marzo de 1876 – 4 de noviembre de 1955).

Mi posición puede ser una entelequia, aquello que debe ser perfecto, ideal, que es el fin teleológico u objetivo de su función constitucional.

## 11. A manera de colofón

«Cambiar el mundo, amigo Sancho, que no es locura ni utopía, sino justicia». Con esta frase del ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha recordamos al máximo representante de la literatura española, Miguel de Cervantes Saavedra. Tenemos que cambiar para crecer como sociedad y desarrollarnos; tenemos que luchar contra ese virus psicológico fortaleciendo el debilitado principio de autoridad. Hagámoslo. Pero esta tiene que ser una lucha integral contra otros virus, como lo dijo también el mismo escritor: «Lucho contra gigantes. La injusticia, el miedo y la ignorancia». La injusticia, cual virus mortal, ha infectado las instituciones que administran justicia; el otro virus destructivo, la corrupción, está matando a la sociedad, incluso la propia alma de la institución policial, con presuntos actos de corrupción en la compra de implementos de seguridad para los policías que combaten el virus mortal. No puede haber mayor traición.

Asistimos entonces a la corrupción más vil y deshumanizada: en medio de muertes y crisis sanitaria, se envía a los policías desprotegidos, a sabiendas de que pueden morir. El cumplimiento del deber no puede estar por encima de su vida, de su dignidad; eso es desmoralizarlos, debilitarlos, maltratarlos, más aún cuando, ya contagiados y en peligro de muerte, no se les brinda una atención médica adecuada, inmediata, urgente y de calidad, a la altura de su misión constitucional y de su vida. Como afirmó John Rawls (1979): «Para combatir los problemas de la justicia distributiva, es decir, regular las desigualdades sociales y económicas, de los ciudadanos. La justicia como un mundo en el que todos puedan disfrutar de mínimos fundamentales para vivir; para lograr esto se tienen que pactar las condiciones para evitar la arbitrariedad y por tanto la injusticia».

Entonces, sin miedo a cambiar las cosas, sin que predomine la ignorancia que lleva a algunos a desobedecer con emociones desequilibradas y crear el caos al no identificar sus emociones con los demás, ignorancia que tal vez no se había manifestado tanto y emergió con toda su fuerza en esta crisis sanitaria, como lo diría

el filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas: «Nunca habíamos sabido tanto de nuestra ignorancia ni sobre la presión de actuar en medio de la inseguridad».

Si no predominan la injusticia y la corrupción, virus gigantes que asesinan el desarrollo de la sociedad en su conjunto, vamos a sobrevivir a este otro virus mortal, el COVID-19. Yo creo que sí podemos hacerlo unidos todos los peruanos, con la Policía Nacional, médicos y Fuerzas Armadas, héroes de esta batalla frente a este enemigo invisible. «Quienes pueden, pueden porque piensan que pueden», escribió Virgilio. Los peruanos lograremos hacerlo.

## **Referencias**

Falvy, Denis (29 de mayo de 2017). Rescatando el tema de las ventanas rotas. Post en lamula.pe.

Rawls, John (1979). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.





# **Prescripción penal y estados de emergencia**

*Pamela Morales Nakandakari*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



Debido al brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el Perú, el 15 de marzo de 2020 el Poder Ejecutivo declaró el estado de emergencia nacional y dispuso el aislamiento social obligatorio por el plazo de 15 días calendario, que se extenderían del 16 al 30 de marzo.<sup>1</sup> Dado el incremento significativo de contagios en el país, el Presidente de la República prorrogó el estado de emergencia nacional y el aislamiento social obligatorio hasta en tres oportunidades, con la finalidad de frenar la propagación del virus. De esta manera, en la última ampliación comunicó que estas medidas se extenderían hasta el 30 de junio de 2020.<sup>2</sup>

Según el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución Política, durante el estado de emergencia puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito. Así mismo, se suspenden todas las actividades consideradas no esenciales. Solo continúa funcionando el abastecimiento de bienes de primera necesidad, hospitales, farmacias, bancos, entre otros.

Por esta razón, el 16 de marzo de 2020, fecha en la que se inició el estado de emergencia, se emitió la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 588-2020-MP-FN, que suspendió las labores y actividades en el Ministerio Público por el plazo de 15 días calendario. El artículo 9 de la citada resolución dispuso, además, la *suspensión de los plazos procesales*, así como los plazos en los trámites y procedimientos administrativos. Dadas las circunstancias, estas medidas se han prorrogado hasta que finalice el estado de emergencia nacional y el aislamiento social obligatorio, es decir, el 30 de junio de 2020.<sup>3</sup>

Por su parte, el Poder Judicial dispuso las mismas medidas. El 16 de marzo de 2020, su Consejo Ejecutivo emitió la Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ, mediante la cual suspendió las labores desde el 16 hasta el 30 de marzo. En dicha resolución se señaló, además, que durante este período *se suspenderían los plazos*

---

1 Esta medida se estableció mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y luego fue precisada mediante Decreto Supremo N° 046-2020-PCM.

2 Esta medida se estableció mediante Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, publicado el 23 de mayo de 2020.

3 La última norma que se emitió al respecto fue la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 668-2020-MP-FN, publicada el 24 de mayo, mediante la cual se prorrogó la suspensión de labores presenciales en el Ministerio Público y los plazos procesales hasta el 30 de junio de 2020.

*procesales* y administrativos. Estas disposiciones también han sido prorrogadas, por lo cual finalizarán cuando se levante el estado de emergencia.<sup>4</sup>

De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 026-2010, que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus en el territorio nacional, la suspensión de los plazos procesales dispuesta por el Poder Judicial y los organismos constitucionales autónomos tiene por finalidad no perjudicar a los ciudadanos ni las funciones que dichas entidades ejercen.

En las siguientes líneas analizaremos si la prescripción de la acción penal es considerada un plazo procesal y si, por tanto, el cómputo de sus plazos se encuentra suspendido de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio Público y el Poder Judicial en las resoluciones mencionadas en los párrafos precedentes. En ese sentido, la finalidad de este artículo radica en tomar postura respecto a cómo impacta la declaratoria del estado de emergencia nacional y el aislamiento social obligatorio de cara a la prescripción en materia penal.

### **¿Qué se entiende por «plazo procesal»?**

Por plazo procesal se entiende el tiempo máximo que el Código Procesal Penal de 2004 (CPP) o las leyes de la materia otorgan a las partes en el marco de un proceso penal para que puedan realizar determinada actividad procesal o ejercer alguna facultad establecida a su favor.

Un ejemplo de plazo procesal es el tiempo que el CPP concede a los sujetos procesales para que ejerzan el derecho de impugnación. El recurso o medio de impugnación es el instrumento procesal que permite a las partes manifestar su disconformidad con las resoluciones que afecten sus intereses y les permite pedir su modificación o anulación (San Martín, 2015, p. 642). Según el numeral 1 del artículo 414 del CPC, los plazos para la interposición de recursos son los siguientes: 10 días para la casación, 5 días para la apelación de sentencias, 3 días para la apelación de autos y recurso de queja, y 2 días para la reposición.

Si el recurso no es interpuesto por la parte legitimada dentro de los plazos fijados por ley, será declarado inadmisibles (artículo 405.1.b CPP). Como señala San Martín, los plazos previstos para los medios de impugnación son insubsanables, por lo que la presentación extemporánea conduce a su rechazo liminar y, además, implica de pleno derecho la firmeza de la resolución que era objeto de cuestionamiento (2015, p. 661). Se entiende entonces que con el vencimiento del plazo máximo fijado para el acto procesal de interposición del recurso, el derecho de impugnación caduca (artículo 144.1 CPP).

Además de los recursos, en el CPP se establecen plazos procesales para diversos actos que pueden realizarse durante el proceso penal. Por ejemplo, los 5 días para que los sujetos procesales se pronuncien sobre el incidente de transferencia

---

<sup>4</sup> La última norma que se emitió al respecto fue la Resolución Administrativa N° 157-2020-CE-PJ, publicada el 25 de mayo, mediante la cual se prorrogó la suspensión de labores del Poder Judicial y los plazos procesales y administrativos, entre el 25 y el 30 de junio de 2020.

de competencia (artículo 40.1 CPP); los 5 días para designar un apoderado judicial cuando la persona jurídica es incorporada al proceso penal (artículo 92.2 CPP); los 5 días para designar perito de parte luego de notificado el nombramiento del perito (artículo 177.1 CPP); los 3 días para formular observaciones al acta que contenga la transcripción de un video (artículo 187.4 CPP), entre otros actos procesales.

Por regla general, en el proceso penal los plazos empiezan a computarse desde el día siguiente hábil de conocido el mandato o de su notificación (artículo 143 CPP). No obstante, los 107 días que durará el aislamiento social obligatorio, esto es, del 16 de marzo al 30 de junio de 2020, no serán contabilizados para efectos de ningún plazo procesal. Esto de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio Público y el Poder Judicial en las resoluciones mencionadas al inicio del artículo, mediante las cuales dispusieron la suspensión de los plazos procesales durante el tiempo que se extienda el estado de emergencia nacional.

En ese sentido, solo a partir del miércoles 1 de julio de 2020 —salvo nueva prórroga— se reanudarán los plazos que hubiesen empezado a computarse antes del aislamiento social obligatorio y quedaron suspendidos, o se comenzará a computar en los casos en los que la notificación hubiese llegado el último día hábil antes del aislamiento social.

Por poner un ejemplo, imaginemos que estamos en un supuesto en el que queremos impugnar un pronunciamiento judicial vía casación. Para interponer dicho recurso, el numeral 1 del artículo 414 del CPC concede 10 días hábiles. Al respecto, existen dos posibles escenarios:

- *Opción A:* el pronunciamiento que pretendo impugnar fue notificado el lunes 2 de marzo de 2020. Debido a que el plazo se empieza a contar desde el día siguiente de la notificación (3 de marzo), para el viernes 13 de marzo, último día hábil antes de la declaratoria del estado de emergencia, se cumplieron 9 días. Luego de esto, se suspendieron los plazos procesales, por lo cual aún me queda un día para presentar el recurso. En este caso, el plazo procesal para interponer la casación vencerá el primer día hábil luego de levantado el estado de emergencia, es decir, el 1 de julio de 2020.
- *Opción B:* el pronunciamiento que pretendo impugnar fue notificado el viernes 13 de marzo de 2020, último día hábil antes de la declaratoria del estado de emergencia. Luego de esto, el plazo quedó suspendido. Por tanto, los 10 días para presentar el recurso apenas se empezarán a contar desde el primer día hábil luego de levantado el estado de emergencia. En este caso, el plazo para interponer la casación vencerá el 14 de julio de 2020.

Hasta este punto, el panorama es claro y la medida correspondiente a la suspensión de los plazos procesales resulta razonable. El problema es que existen otras instituciones que también se ven afectadas por el paso del tiempo, pero que, al no ser consideradas plazos procesales, no se encuentran dentro del alcance de lo dispuesto por las resoluciones del Ministerio Público y el Poder Judicial; y, en consecuencia, no están sujetas a suspensión alguna. Para efectos de este artículo, me referiré únicamente a la prescripción de la acción penal.

## ¿En qué consiste la prescripción en materia penal?

Según el numeral 1 del artículo 78 del Código Penal (CP), la prescripción extingue la acción penal. No obstante, el modo en que se encuentra regulada y, sobre todo, cómo opera la prescripción, llevan a descartar dicha afirmación. La razón principal es que la llamada prescripción de la acción penal opera incluso de manera posterior al ejercicio de la acción, que se da con la formalización de la investigación. Como señala García Rada, la excepción de prescripción se interpone cuando ya existe una investigación y solo procede contra una acción penal ya deducida (García, 1964, p. 136). Por tanto, la prescripción no podría extinguir o implicar un límite frente a algo que ya se ejerció.

Entonces, ¿sobre qué repercute esta institución? La prescripción genera que, luego de transcurrido determinado período de tiempo desde la presunta comisión de un delito, no se pueda emitir una sentencia judicial firme que esclarezca los hechos de apariencia criminal. Cumplido el plazo de prescripción, el Ministerio Público ya no puede continuar con la persecución del hecho (Meini, 2009, p. 280), y el órgano jurisdiccional se encuentra impedido de emitir una decisión sobre el fondo del asunto (Recurso de Nulidad N° 438-2004-Cusco, fundamento jurídico 2).

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, la Corte señaló que «la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores» (Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párrafo 111).

En la misma línea se pronunció la jurisprudencia nacional. Mediante sentencia del 8 de abril de 2014, en la cual se condenó a Alan Azizollahoff y Edgar Paz por su responsabilidad en el caso Utopía, la Corte Superior de Justicia señaló que la prescripción «extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y determinar la responsabilidad del supuesto autor o autores de este» (Expediente N° 8132-2014, fundamento jurídico 4). Por tanto, cuando se cumple el plazo de prescripción el proceso penal llega a su fin sin que se pueda determinar la responsabilidad del imputado.

La prescripción tiene un efecto fulminante, tanto para la investigación fiscal que no comenzó como para la que sí lo hizo pero no podrá formalizarse, y así también para el proceso en curso que no podrá culminar con una sentencia en la cual se determine si la persona investigada es o no responsable de los hechos imputados en su contra. En ese sentido, lo que la prescripción extingue no es la acción penal en sí misma, sino aquello que funge como fundamento y presupuesto de la acción, que en materia penal es la obligación que tiene el Estado de investigar y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante, sea condenando, absolviendo o simplemente archivando el caso (Meini, 2009, p. 280).

En atención a lo anterior, es posible afirmar que la llamada prescripción penal guarda mayor similitud con la caducidad civil que con la prescripción extintiva. Esto debido a que, mientras que en el ámbito civil el presupuesto de la acción y, por tanto, lo que se extingue con la caducidad, es el derecho subjetivo, en el ámbito

penal lo que se extingue por el transcurso del tiempo también es el presupuesto de la acción, que es la obligación del Estado de investigar y pronunciarse respecto a hechos de relevancia penal.<sup>5</sup>

Ahora bien: la diferencia entre uno y otro escenario —es decir, uno en el cual la autoridad competente se encuentre habilitada para iniciar una investigación y emitir un pronunciamiento al respecto y uno en el que no— puede cambiar en tan solo un día. Por ejemplo, si estamos ante un hurto simple (artículo 185 CP), el plazo de prescripción será de tres años, pues es la pena máxima establecida para ese delito. En este caso, el Estado tendrá exactamente ese lapso para iniciar una investigación en contra del presunto responsable. A los tres años y un día operará la prescripción y, por tanto, se extinguirá dicha posibilidad. Aun cuando la persona confesara haber cometido el delito, las autoridades se encontrarían impedidas de actuar.<sup>6</sup>

Tomando en consideración el efecto que genera la prescripción en la administración de justicia, e incluso a la tutela judicial efectiva, es imprescindible que exista claridad sobre el cómputo de los plazos para que opere dicha institución, en especial durante el estado de emergencia. Al encontrarse paralizadas las instituciones encargadas de la persecución del delito, resulta fundamental saber qué días suman al plazo de prescripción y cuáles no. Esto último con la finalidad de evitar situaciones de impunidad o de exceso.

Este análisis es necesario porque, al menos en materia penal, no existe una regla similar a la que establece el numeral 8 del artículo 1994 del Código Civil (CC), que suspende la prescripción mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. Con esta disposición, no cabe duda de que el tiempo durante el cual los órganos jurisdiccionales se encuentren inoperativos debido al estado de emergencia y al aislamiento social obligatorio no serán tomados en consideración para el cómputo de los plazos de prescripción en materia civil. Sin embargo, para efectos de la prescripción penal, el panorama no es del todo claro.

## **¿Ante qué supuestos dejan de computarse los plazos de prescripción en materia penal?**

El Código Penal regula dos escenarios ante los cuales los plazos de prescripción dejan de computarse: la interrupción y la suspensión. A continuación analizaremos cada uno de ellos, con la finalidad de determinar si el estado de emergencia genera alguno de dichos supuestos.

---

5 Para más detalle sobre la similitud de la prescripción penal con la caducidad civil, revisar Morales (2018).

6 Esto sucedió en el caso de Jenny Wendt. Jenny fue víctima de violación sexual pero no denunció el hecho porque no tenía evidencia de ADN y no creyó que ganaría el caso. Luego de nueve años, su agresor, Bart Bareither, confesó ante las autoridades que había cometido el delito; sin embargo, no fue procesado debido a que en Indiana, estado donde ocurrieron los hechos, el plazo de prescripción para el delito de violación sexual era de cinco años (Heyden, 2015).

## a) Sobre la interrupción de la prescripción

El artículo 83 del Código Penal regula la interrupción de la prescripción. Al respecto, señala dos supuestos que generan este efecto: las actuaciones del Ministerio Público o las autoridades judiciales, y la comisión de un nuevo delito doloso. Luego de ello, comienza a correr un nuevo plazo de prescripción. Sin embargo, la acción prescribe en todo caso cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario, es decir, cuando se cumple el plazo extraordinario de prescripción.

La finalidad del plazo extraordinario es evitar que los procesos abiertos dentro del plazo ordinario duren indefinidamente; por ello se impone como límite para que los tribunales puedan emitir un pronunciamiento definitivo respecto a la responsabilidad del procesado (García, 2008, p. 725). No obstante, no se trata de un límite absoluto. A diferencia de lo que establecía el Código Penal de 1924,<sup>7</sup> en la actualidad el plazo extraordinario únicamente representa un límite para los supuestos de interrupción, pero no para los casos en los cuales opera la suspensión. En ese sentido, el plazo extraordinario de prescripción solo es inmune a las causas de interrupción de la prescripción (García, 2012, p. 883).

En el caso de las actuaciones de la fiscalía o de la autoridad judicial, la jurisprudencia ha señalado que no se trata de cualquier actuación, sino únicamente de aquellas destinadas a la investigación y esclarecimiento de un hecho considerado delictivo (Expediente N° 00018-2012-3-1826-JR-PE-01, fundamento jurídico 11). En el caso del Ministerio Público, la Corte Suprema ha señalado que solo generan la interrupción de la prescripción las actuaciones de entidad suficiente en las que se aprecie que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tal como la disposición que da inicio a las diligencias preliminares (Casación N° 347-2011-Lima, fundamento jurídico 4.7). Mientras que, en el caso de las actuaciones judiciales, sería, por ejemplo, cuando se emite el auto de apertura de instrucción (Expediente N° 2466-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 10).

El segundo párrafo del artículo 83 del CP señala que después de la interrupción ocasionada por las actuaciones de la fiscalía o de la autoridad judicial, el plazo de prescripción vuelve a correr a partir del día siguiente de la última diligencia. La razón de ser de la interrupción en estos supuestos es darle a la autoridad judicial un plazo idóneo para que, habiendo detectado la existencia de un hecho penalmente relevante, pueda investigarlo y pronunciarse al respecto (Meini, 2009, p. 294).

En el caso de la comisión de un nuevo delito doloso, se trata de una regla que apareció en la Edad Media y se sustentó en la presunta enmienda del delincuente (Vera, 1960, p. 7). Como en dicha época se consideraba que el fundamento de la

---

7 El plazo extraordinario de prescripción se reguló recién en el CP de 1924, cuyo artículo 121 señalaba que los actos judiciales de instrucción o juzgamiento interrumpían la prescripción, luego de lo cual comenzaba a correr un nuevo plazo de prescripción. No obstante, el último párrafo de dicho artículo establecía que la acción prescribía, en todo caso, cuando el plazo ordinario era superado en una mitad. El mismo límite temporal se aplicó para los supuestos de suspensión, pues el artículo 122 señalaba que la prescripción se suspendía por cuestiones que debían resolverse en otro procedimiento, situación que se mantenía hasta que este último quedara concluido, salvo lo dispuesto en la última parte del artículo 121; es decir, cuando el plazo ordinario era superado en una mitad.



prescripción era la esperanza del arrepentimiento del culpable y la presunción de su corrección (Vera, 1960, pp. 10-11), la comisión de nuevos delitos hacía inviable amparar con la prescripción al culpable, cuya enmienda quedaba desmentida (Viterbo, 1900, p. 542). Esta regla estuvo presente desde el primer Código Penal peruano, promulgado en 1863 (artículo 97) y se mantiene hasta la actualidad, a pesar de que las razones que justifican la prescripción cambiaron sustancialmente.<sup>8</sup>

Respecto a cuándo se produce la interrupción de la prescripción por la comisión de un nuevo delito doloso, no existe uniformidad de criterios. Meini señala que debe interpretarse que la referida causal operará desde que se realice la imputación formal del nuevo delito, pues si se requiere una sentencia firme se generaría el riesgo de que el delito anterior prescriba, con lo cual la idoneidad del nuevo hecho para interrumpir la prescripción sería puesta en duda (Meini, 2009, pp. 295-296). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que la interrupción se produce por el simple hecho de la comisión del nuevo delito, sin que sea necesario que exista un fallo condenatorio por él (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, citado en Castañeda, 1994, p. 10).

Ahora bien: la paralización del sistema de administración de justicia como consecuencia de la declaración del estado de emergencia no se asemeja a ninguno de los supuestos que generan la interrupción de la prescripción. No se trata de actuaciones fiscales o judiciales destinadas al esclarecimiento del hecho delictivo, sino todo lo contrario; por tanto, no se cumple con la razón que motiva la interrupción de la prescripción ante dicho supuesto, que consiste en otorgarles a las autoridades mayor plazo para que investiguen el hecho penalmente relevante. Menos aún guarda relación con el segundo supuesto, referido a la comisión de nuevo delito doloso.

Queda descartado, entonces, que la inoperatividad del Ministerio Público y el Poder Judicial, así como de otras instituciones encargadas de la persecución del delito, como la Policía, generen la interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal. Corresponde ahora analizar si la situación generada por el estado de emergencia puede ser considerada, o no, una causal de suspensión.

## **b) Sobre la suspensión de la prescripción**

El artículo 84 del CP regula la suspensión de la prescripción. Este precepto señala que, si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se suspende hasta que este último concluya.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que, en virtud de lo dispuesto por el citado artículo, podía concluirse que la suspensión del plazo de prescripción se presenta cuando: (i) preexiste o surge ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal; y, ii) la decisión del otro procedimiento distinto incida sobre la iniciación o la continuación del proceso penal (Expediente N° 03681-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 4).

<sup>8</sup> Para más detalle sobre la regulación de la prescripción en el derecho penal peruano, revisar Morales (2018).

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N° 1-2010 la Corte Suprema sostuvo que la suspensión se produce cuando la continuación del proceso depende de la decisión de una autoridad extrapenal, que puede ser un juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia (fundamento jurídico 24). En estos casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que justifica la imposibilidad de su prosecución y se reiniciará cuando se resuelva esa cuestión (fundamento jurídico 24). De lo señalado se desprende que la suspensión se restringe a situaciones en las cuales el proceso penal se paraliza porque requiere de una decisión que debe emitirse en otro procedimiento.

En el caso peruano, a diferencia de lo que sucede en Alemania (§ 78b StBG),<sup>9</sup> por ejemplo, el Código Penal no prevé ninguna de las referidas causales. Estas han sido establecidas por ley o por la jurisprudencia. En ese sentido, los tribunales nacionales han señalado que entre las causas que generan la suspensión de la prescripción se encuentran: la cuestión prejudicial (Expediente N° 4118-2004-HC/TC, fundamento jurídico 7); la prerrogativa del antejuicio o juicio político (Expediente N° 5068-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 12); el procedimiento de levantamiento de inmunidad parlamentaria (inmunidad de arresto y proceso) (Expediente N° 0026-2006-PI-TC, fundamento jurídico 30); la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad en los procesos sumarios (Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, fundamento jurídico 10);<sup>10</sup> el procedimiento de extradición;<sup>11</sup> la declaración de contumacia (artículo 1 de la Ley N° 26641);<sup>12</sup> entre otros supuestos.

En los casos de cuestión prejudicial, antejuicio político, inmunidad de proceso, queja excepcional y extradición, la suspensión se justifica en el hecho de que no tendría sentido que el período en el cual el proceso penal no puede iniciarse o

9 Si bien el apartado 1.2 del párrafo § 78b del StBG señala, de manera general, que la prescripción se suspende mientras la persecución del delito no ha comenzado o no se ha podido continuar, en los apartados 1.1, 2, 3 y 4 se establecen supuestos específicos que generan la suspensión del plazo de prescripción. Por ejemplo, hasta que la víctima cumpla 18 años en los delitos de abuso sexual de menor; cuando se impide la persecución porque el autor es miembro del Parlamento Federal o de un órgano legislativo de un Estado federado; cuando se ha emitido una sentencia de primera instancia antes del vencimiento del plazo de prescripción, entre otros.

10 En el fundamento jurídico 10 del Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, la Corte Suprema estableció que para el cómputo de los plazos de prescripción: «[...] no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo».

11 En el proceso penal seguido contra Alberto Fujimori por peculado doloso y falsedad ideológica (causa número AV-23-2001), la Sala Penal Especial declaró la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal desde la fecha de publicación de la Resolución Suprema N° 270-2005-JUS, que aprobó la solicitud de extradición a la República de Chile. La resolución fue impugnada por la defensa del exmandatario, pero la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Ejecutoria del 12 de marzo de 2009, desestimó el recurso y declaró no haber nulidad en la resolución.

12 El artículo 1 de la Ley N° 26641, Ley que precisan para el caso de los contumaces, la aplicación y el momento en que opera el principio jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, establece que en los casos de contumacia se suspende el plazo de prescripción desde que existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del proceso hasta que se ponga a derecho. No obstante, mediante Recurso de Nulidad N° 1835-2015-LIMA, la Corte Suprema señaló que el plazo de suspensión de la prescripción por contumacia no puede exceder los seis años.

continuar, debido a que existe una cuestión pendiente de resolverse en otra instancia, sea contabilizado para el límite temporal que representa la prescripción. De la misma manera, en el caso de la contumacia, no tendría sentido que el período en el cual el procesado se ausentó de la justicia con el fin de evitar el enjuiciamiento sea contabilizado para el cómputo del referido plazo.

Hasta este punto, todos los supuestos mencionados cumplen con los términos fijados por el artículo 84 del CP, es decir, que la prescripción se suspende cuando el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento. Sin embargo, hay dos escenarios adicionales que no cumplen con lo que señala el mencionado precepto.

Uno es cuando se formaliza la investigación preparatoria. Esta causal, introducida por el numeral 1 del artículo 339 del CPP, fue calificada como una suspensión *sui generis* por el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 (fundamento jurídico 26). En dicha oportunidad, la Corte Suprema señaló que la suspensión se fundamentaba en la necesidad de brindarle herramientas al órgano judicial para que pueda emitir un pronunciamiento en los casos en que el procedimiento se dirige contra el presunto culpable (fundamento jurídico 29). Con ello se buscó evitar la impunidad en casos en que se hubiese identificado e individualizado al imputado y, además, se cuente con indicios reveladores de la comisión del delito (Pariona, 2013, p. 838).

Dado que un sector minoritario de la doctrina y la jurisprudencia nacional insistía en que la formalización debía ser entendida como un supuesto de interrupción, en el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 la Corte Suprema reiteró que el numeral 1 del artículo 339 del CPP generaba la suspensión de la prescripción, y que no había un supuesto de antinomia entre dicho precepto y el artículo 84 del CP (fundamento jurídico 10). Al respecto, la Corte precisó que se trataba de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción que podían operar de modo secuencial, paralelo o alternativo (fundamento jurídico 10).

Con este pronunciamiento se admitió que la suspensión de los plazos de prescripción no solo se genera con base en el supuesto de hecho regulado en el artículo 84 del CP. Además, se reconoció la posibilidad de que más de una causal de suspensión se aplique a un mismo caso, de modo paralelo, es decir, al mismo tiempo.

El segundo supuesto que genera la suspensión de los plazos de prescripción, y que no se adecúa a lo previsto en el artículo 84 del CP, es la huelga judicial. En el Recurso de Nulidad N° 2622-2015-Lima, del 31 de marzo de 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema señaló lo siguiente:

Igualmente, es de rigor reconocer, desde otra perspectiva, la suspensión del plazo de prescripción cuando por causas imprevisibles ocurre la suspensión del despacho judicial, como es el caso de una huelga judicial. En este supuesto, por razones imprevisibles —que es ratio de esta excepción; las cesaciones previsibles, por su carácter de tal, quedan al margen de esta excepción—, no es posible realizar válidamente ningún acto procesal eficaz por el detenimiento inusitado del sistema de administración de justicia. Si a todas las partes y al juez le es imposible realizar sus actividades regulares, es razonable reconocer como efecto jurídico sobreviniente que el tiempo en los actos procesales necesariamente se detiene; no pueden com-

putarse a ningún efecto procesal por una cesación temporal de las actuaciones procesales. (Fundamento jurídico 3.4)

En el caso materia del recurso antes citado, la huelga se extendió por un total de 5 meses y 5 días. Este lapso no fue tomado en consideración para efectos del cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal. Con este pronunciamiento, la Corte Suprema reconoció que la prescripción se suspende no solo cuando la continuación del proceso depende de cuestiones que deban resolverse en otro procedimiento —como establece el artículo 84 del CP—, sino también en los supuestos en los cuales el proceso no puede continuar debido a que no es posible realizar actividad procesal alguna.

Consideramos que esta interpretación es legítima y, además, acorde con la finalidad de la suspensión. Como señala Meini, la razón de ser de la suspensión de la prescripción tiene que ver con la necesidad de no tomar en cuenta el tiempo durante el cual es imposible que la autoridad competente pueda impulsar la persecución (Meini, 2009, p. 300-301). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que la suspensión de la prescripción está inspirada en el interés de la sociedad en que no haya delitos impunes (Casación N° 442-2015-Santa, fundamento jurídico 14.3).

En ese sentido, el objetivo de regular un supuesto como la suspensión de la prescripción consiste en impedir que el tiempo durante el cual la investigación o proceso penal no pueda iniciarse o no pueda continuar por razones imprevisibles, es decir, por una situación ajena a la voluntad de las partes, sea tomado en consideración para el cómputo de los plazos de prescripción.

Se trata de un lapso en el cual ni las partes ni el juez pueden realizar actividades destinadas al esclarecimiento de los hechos, razón por la cual no tendría sentido contabilizar ese tiempo para declarar prescrita la acción y extinguir la obligación que tiene el Estado de investigar y pronunciarse sobre hechos de apariencia penal. Esta situación no solo se produce con una huelga judicial, sino con todo tipo de situaciones imprevisibles que generan la suspensión de las actividades judiciales, como lo es, en este caso, el estado de emergencia.

El aislamiento social obligatorio, como parte de las medidas adoptadas por el Gobierno, se aplica a todos los ciudadanos por igual. Por dicha razón, no solo se restringe el normal desenvolvimiento de las actividades privadas, sino también de las públicas. Durante el tiempo que se extienda el estado de emergencia ninguna entidad pública realiza sus actividades con total normalidad. Esto implica que todo el sistema de administración de justicia —y no solo el Ministerio Público y el Poder Judicial— se encuentre paralizado.

Si bien existen determinados órganos jurisdiccionales que siguen funcionando, únicamente son aquellos que atienden asuntos urgentes e inaplazables, relacionados con requisitorios, detenidos, *habeas corpus*, casos de violencia familiar, consignación y endoso de alimentos, medidas cautelares, entre otros.<sup>13</sup> Toda solicitud o acto procesal que no sea considerado indis-

---

13 Artículo 3 de la Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ, de fecha 16 de marzo de 2020.

pensable no será admitido ni tramitado hasta que se reactiven las actividades del sector público.

En atención a lo anterior, lo lógico es que la declaratoria del estado de emergencia constituya una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal. Esto debido a que, como hemos señalado, la prescripción es el plazo que tiene el Estado para cumplir con su obligación de investigar y pronunciarse respecto a hechos de relevancia penal. Por tanto, el tiempo durante el cual sea materialmente imposible realizar actividades destinadas al esclarecimiento de hechos de apariencia delictiva no debería ser contabilizado para efectos de extinguir tal deber.

Afirmar lo contrario implicaría una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución. Esto en razón de que todos los ciudadanos tenemos el derecho de contar con un pronunciamiento judicial firme que esclarezca los hechos de relevancia penal que son puestos en conocimiento de la autoridad competente. Recordemos que cada miembro de la sociedad le cedió su capacidad de autotutela al Estado, razón por la cual este último tiene no solo la facultad sino el deber de investigar, procesar y sancionar a quienes realicen comportamientos prohibidos por las normas penales.

Si el Estado no cumple con esta obligación, se corre el riesgo de que el derecho penal deje de ser un mecanismo idóneo para mantener la paz social, lo cual podría generar que quienes renunciaron al poder de castigar lo reclamen de vuelta. En palabras de Jescheck, «tan pronto como el Derecho penal no pueda garantizar más la seguridad y el orden, existe el peligro de que los ciudadanos se tomen la justicia por su propia mano y de que los fuertes se impongan a los débiles sin consideración alguna» (Jescheck & Weigend, 2002, p. 3).

En consecuencia, si para computar el plazo de prescripción las autoridades jurisdiccionales toman en consideración los días en los cuales el sistema de administración de justicia se encontraba paralizado por las medidas adoptadas durante el estado de emergencia nacional, el Estado estaría incumpliendo su obligación de investigar y pronunciarse respecto a hechos de relevancia penal, pues reduciría, sin razón alguna, el plazo que la ley penal le otorga para ello.

### **¿Cómo operaría la suspensión de la prescripción por el estado de emergencia?**

A continuación explicamos cómo operaría la causal de suspensión de la prescripción penal por razón del estado de emergencia nacional, ante tres escenarios procesales distintos.

#### **i) El delito se cometió antes o durante el estado de emergencia pero no se interpuso denuncia**

Con la declaratoria del estado de emergencia se paralizaron las actividades del Ministerio Público respecto a la gran mayoría de delitos. Salvo contadas excepciones, como son los casos de violencia familiar, violación de las medidas sanitarias, entre otras, durante este período no se han realizado actos de investigación con la inter-

vención de fiscalías ni juzgados, que hayan tenido por efecto interrumpir el plazo de prescripción. Dado que en todos estos supuestos no operó la interrupción, no aplicaría el plazo extraordinario de prescripción, sino el ordinario, que equivale al máximo de la pena.

Ante este escenario, surge la siguiente pregunta: ¿es aplicable la causal de suspensión por el estado de emergencia en estos casos? La respuesta es sí. De acuerdo con nuestra postura, es perfectamente posible que el plazo ordinario de prescripción sea sometido a supuestos de suspensión.

Un ejemplo sería si se acusa a un congresista de la República de haber cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, pero antes de que se inicien actos de investigación que interrumpan la prescripción —y conduzcan a la aplicación del plazo extraordinario— se realiza el procedimiento de antejuicio político. En estos casos, el plazo ordinario de prescripción quedaría suspendido durante todo el tiempo que dure este procedimiento. Es decir, desde el momento en que se presenta la acusación constitucional (inicio), hasta la fecha en que se publique en el diario oficial *El Peruano* la resolución legislativa que autoriza el procesamiento penal (fin)<sup>14</sup> (Sentencia recaída en el Expediente N° 20-2003-A.V., fundamento jurídico 38; Expediente N° 03116-2012-PHC/TC, fundamento jurídico 16).

En el caso de la suspensión generada por el estado de emergencia sucedería algo similar al ejemplo del antejuicio. Para que se pueda interponer la denuncia correspondiente, y se realicen actos de investigación, se deberá esperar a que el sistema de administración de justicia retome sus actividades. Por tanto, en los casos en los que durante el estado de emergencia las autoridades encargadas de la persecución del delito no pudieron iniciar la investigación, dicho período no deberá computarse para efectos de la prescripción.

En el supuesto planteado, la suspensión operaría desde la fecha en la que inició el estado de emergencia, es decir, el 16 de marzo de 2020. Si el delito tuvo lugar antes de esa fecha, el período que haya transcurrido desde su comisión (inicio del cómputo del plazo) hasta la declaratoria del estado de emergencia será computado para efectos de la prescripción. Sin embargo, si el delito se cometió luego del 16 de marzo, el plazo de prescripción ni siquiera habría empezado a correr. Esto sucederá solo a partir del primer día hábil luego de que se levante el estado de emergencia nacional.

En estos casos, ¿cuándo operaría la prescripción? Cuando sin tomar en consideración el período suspendido por el estado de emergencia, el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el inicio de las actuaciones del Ministerio Público o el Poder Judicial (que generan la interrupción y llevan a aplicar el plazo extraordinario) hubiese superado el plazo ordinario de prescripción, equivalente al máximo de la pena.

---

14 Es preciso señalar que también es posible que la fiscalía realice actos de investigación y luego presente la denuncia constitucional solicitando el antejuicio político, con lo cual el plazo de prescripción se interrumpiría antes de que se produjera la suspensión por el antejuicio.



## ii) Se interrumpió la prescripción antes del estado de emergencia

Si se interrumpió el plazo de prescripción por actuaciones del Ministerio Público, por ejemplo, no hay impedimento alguno para que sobre ello se declare la suspensión. Incluso, sería más beneficioso para la fiscalía o para el agraviado por el delito, pues les daría más tiempo para la investigación. Recordemos que mientras el plazo extraordinario representa un límite absoluto para los supuestos de interrupción, no genera el mismo efecto en los casos en los que opera la suspensión. El plazo extraordinario de prescripción no es inmune respecto a este último supuesto (García, 2012, p. 883).

En ese sentido, nuestra posición es que es posible declarar la suspensión de la prescripción en casos en los cuales haya operado la interrupción de dicho plazo antes de la declaratoria del estado de emergencia. La suspensión operaría desde el inicio del estado de emergencia, es decir, el 16 de marzo de 2020, y siempre y cuando durante ese período no haya sido posible que las autoridades encargadas de la persecución del delito hayan realizado actos de investigación.

Ahora bien: la pregunta que podría surgir es cuándo empezaría a computarse el plazo extraordinario de prescripción: ¿desde la consumación del delito, desde la interrupción o desde la suspensión?

Según García Cavero, el cómputo de los plazos de prescripción, tanto ordinario como extraordinario, se inicia conforme a las reglas establecidas en el artículo 82 del CP (García, 2012, p. 883). Es decir, en la tentativa y el delito continuado, desde que cesó la actividad delictuosa; en el delito instantáneo, desde que se consumó; y, en el delito permanente, desde que cesó la permanencia. Es preciso señalar que esta posición ha sido adoptada por la jurisprudencia.<sup>15</sup>

Por su parte, Meini señala que las distintas razones de ser de los plazos ordinario y extraordinario de prescripción —el primero sirve para concederle al Estado un período idóneo para identificar la noticia criminal, y el segundo para brindarle uno idóneo para pronunciarse al respecto— llevan a discriminar el inicio de cada uno de ellos (2009, p. 298).

En ese sentido, el citado autor sostiene que el plazo de la prescripción extraordinaria debe computarse a partir del momento en que las autoridades dirijan su actividad en pos de la persecución penal, es decir, con la primera actuación del Ministerio Público o del Poder Judicial, la que suceda antes, pues a partir de ese momento expresan su decisión de perseguir el hecho de apariencia criminal (p. 298). Para efectos del presente artículo, coincidimos con esta postura.

En consecuencia, el inicio del plazo extraordinario de prescripción (máximo de la pena más la mitad) deberá contarse desde que se produjo la primera interrupción. Si de manera posterior el plazo quedó suspendido por el estado de emergencia, todo el período que este dure no será contabilizado para efectos de la prescripción; pero, una vez levantada la suspensión, se reactivará el cómputo del plazo extraordinario.

<sup>15</sup> Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional cuentan el plazo de prescripción extraordinaria desde la comisión del delito. Ver Casación N° 779-2016-Cusco, Recurso de Nulidad N° 19-2012-Lima, Recurso de Nulidad N° 697-2012-Lima, Expediente N° 04959-2008-PHC/TC, entre otros.

### **iii) Se suspendió la prescripción antes del estado de emergencia**

Si bien existen diversas situaciones que generan la suspensión de la prescripción (cuestión prejudicial, extradición, contumacia, queja excepcional, entre otros), la más común es la que se genera por la formalización de la investigación. Imaginemos entonces que el plazo de prescripción se encuentra suspendido porque el fiscal emitió la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. En este caso, ¿cabe aplicar la causal de suspensión por el estado de emergencia?

De acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, dos disposiciones que regulan causales distintas de suspensión de la prescripción pueden operar de modo paralelo (fundamento jurídico 10). Por tanto, en principio sí cabría aplicar la suspensión por la causal del estado de emergencia, a un plazo que ya se encontraba suspendido por la formalización de la investigación.

No obstante, no vemos la utilidad de aplicar dos causales distintas de suspensión en forma paralela a un mismo caso. Sobre todo porque el plazo de suspensión por formalización será, en todos los casos, superior al plazo de suspensión por el estado de emergencia. Mientras que en el primer supuesto el plazo de suspensión equivale al máximo de la pena más la mitad, en el segundo equivaldría al período que dure el estado de emergencia, que hasta la fecha serían 107 días.

En ese sentido, aplicar la suspensión de la prescripción por el estado de emergencia a un caso previamente suspendido por formalización solo tendría efecto práctico si esta última causal venció o estaría por vencer durante el estado de emergencia. Frente a ello surge la siguiente duda: ¿cuándo concluye la suspensión por formalización? La doctrina y la jurisprudencia han brindado distintas opciones.

Respecto a la duración de la suspensión, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 señaló que esta se extendía desde la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o, en su caso, hasta que se acepte la solicitud de sobreseimiento del fiscal (fundamento jurídico 26). Sin embargo, este criterio se cambió mediante el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, pues se estableció que la suspensión en el caso del numeral 1 del artículo 339 del CPP «no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad».<sup>16</sup>

Con este pronunciamiento se entiende que, en los supuestos más extremos, la prescripción podría quedar suspendida, como máximo, por un período equivalente al plazo extraordinario. No obstante, de ello no se desprende que, en todos los casos, la suspensión por formalización deba durar necesariamente ese lapso. Esto en razón de que la afirmación «no podrá prolongarse más allá de» no es sinónimo de «la suspensión durará». En consecuencia, no queda clara cuál es la regla para dar por terminada la suspensión por formalización, a efectos de poder continuar con el cómputo de la prescripción.

---

<sup>16</sup> El criterio que estableció el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 con respecto a que la suspensión del plazo prescriptorio por formalización de la investigación tiene como límite un tiempo equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad, fue declarado doctrina jurisprudencial vinculante mediante Casación N° 383-2012-La Libertad, del 15 de octubre de 2013.



Del Río considera que si el inicio de la investigación preparatoria configura la suspensión, por su propia naturaleza, esta debe cesar con la conclusión de dicha fase, reanudándose el cómputo del plazo extraordinario en ese momento (Del Río, 2010, p. 94); es decir, en la fecha en la que el fiscal emita la disposición que da por concluida la investigación preparatoria<sup>17</sup> (Casación N° 613-2015-Puno, fundamento jurídico décimo).

Esta postura no fue adoptada por la jurisprudencia. En la Casación N° 779-2016-Cusco, la Corte Suprema precisó que «vencido el plazo de suspensión por formalización, que corresponde al máximo de la pena más la mitad, continuará el curso de la prescripción que inicialmente se suspendió» (fundamento jurídico 7.6). En tal oportunidad, la Corte resolvió el caso materia del recurso considerando que la prescripción se reactivó una vez cumplido el plazo extraordinario contado a partir de la disposición de formalización (fundamento jurídico 7.7). No se tomó en cuenta la fecha en la que habría concluido la investigación preparatoria.

Con este pronunciamiento se entiende que la causal de suspensión regulada en el numeral 1 del artículo 339 del CPP comienza con la disposición fiscal de formalización y, en todos los casos, se extiende por el tiempo que equivalga al máximo de la pena más la mitad. Cumplido este período, se reactiva la prescripción y continúa computándose el plazo que, habiéndose iniciado, quedó suspendido por la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

En ese sentido, si en un caso en concreto el período de suspensión por formalización llegó a su límite (máximo de la pena más la mitad) o está a punto de hacerlo, lo aconsejable sería que se aplique, en forma paralela, la causal de suspensión por el estado de emergencia nacional. Tal suspensión se extenderá por todo el tiempo en el que las autoridades encargadas de la persecución del delito no puedan realizar ningún acto de investigación, como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia.

## Conclusión

Queda claro, entonces, que las causales de suspensión de la prescripción no se limitan al supuesto de hecho que establece el artículo 84 del CP, es decir, que únicamente opera si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cuestiones que deban resolverse en otro procedimiento.

En realidad, la suspensión de la prescripción de la acción penal opera cuando por causas imprevisibles y, por tanto, no sujetas a la voluntad de las partes, la investigación fiscal o el proceso penal no pueden seguir su curso normal, con independencia de cuál sea la razón de fondo que genere esta situación.

---

17 En la Casación N° 613-2015-Puno, la Corte Suprema precisó que la investigación preparatoria no puede ser concluida por el juez con el solo vencimiento del plazo legal, sino que el fiscal, como director de la investigación, la dará por concluida a través de una disposición cuando considere que ha cumplido su objeto.

En ese sentido, los plazos de prescripción se encontrarán suspendidos durante todo el tiempo que se extienda el estado de emergencia nacional, no pudiendo computarse los 107 días de aislamiento social obligatorio —salvo prórroga— para efectos de declarar prescrita la acción penal en ningún caso.

## Referencias

### Doctrina

Castañeda, C. (1994). Prescripción penal. *Debate Jurídico*, año 1, N.º 5, pp. 1-16. Trujillo: Revista Universitaria de Derecho.

Del Río, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Ara Editores.

García, D. (1964). Comentarios al Código de Procedimientos Penales. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, 23, 112-157. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6518/6594>

García, P. (2008). *Lecciones de derecho penal: parte general*. Lima: Grijley.

García, P. (2012). *Derecho penal: parte general*. Lima: Jurista Editores.

Heyden, Tom (13 de julio de 2015). *The US-UK divide on sex cases*. Recuperado de BBC News, <http://www.bbc.com/news/magazine-33482619>

Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal: parte general*. (5.ª edición). Traducción de M. Olmedo. Granada: Comares.

Meini, I. (2009). Sobre la prescripción de la acción penal. En I. Meini, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal* (pp. 275-305). Lima: Ara Editores.

Morales, Pamela (2018). *El paso del tiempo en el derecho penal: ¿por qué prescriben los delitos?* (Tesis para optar por el título de abogada). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12247/MORALES\\_NAKANDAKARI\\_EL\\_PASO\\_DEL\\_TIEMPO\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/12247/MORALES_NAKANDAKARI_EL_PASO_DEL_TIEMPO_EN_EL_DERECHO_PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Pariona, R. (2013). La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116. En V. Prado, P. Sánchez, A. Velásquez, J. Caro, C. San Martín & L. Yshii (Coords.), *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos* (pp. 833-846). Lima: IDEMSA.

San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Vera, O. (1960). *La prescripción penal en el Código Penal*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Viterbo, J. (1900). *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Volumen I. Lima: Librería e Imprenta Gil.

## **Jurisprudencia**

Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de noviembre de 2007).

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República (16 de noviembre de 2010).

Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República (26 de marzo de 2012).

Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Casación N° 347-2011-Lima (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de mayo de 2013).

Casación N° 442-2015-Santa (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de abril de 2017).

Casación N° 613-2015-Puno (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de julio de 2017).

Casación N° 779-2016-Cusco (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 26 de julio de 2017).

Recurso de Nulidad N° 438-2004-Cusco (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de septiembre de 2004).

Recurso de Nulidad N° 697-2012-Lima (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 6 de febrero de 2013).

Recurso de Nulidad N° 19-2012-Lima (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de marzo de 2013).

Recurso de Nulidad N° 2622-2015-Lima (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 31 de marzo de 2016).

Resolución N° 4, recaída en el Expediente N° 00018-2012-3-1826-JR-PE-01 (Sala Penal de Apelaciones, 6 de julio de 2012).

Sentencia del 18 de octubre de 2005, recaída en el Expediente N° 20-2003-A.V. (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, 18 de octubre de 2005).

Sentencia del 8 de abril de 2014, recaída en el Expediente N° 8132-2014 (Vigésimo Primer Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC (6 de junio de 2005).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2466-2006-PHC/TC (17 de julio de 2006).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5068-2006-PHC/TC (15 de noviembre de 2006).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0026-2006-PI-TC (8 de marzo de 2007).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04959-2008-PHC/TC (1 de setiembre de 2009).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03681-2010-PHC/TC (20 de abril de 2011).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03116-2012-PHC/TC (4 de setiembre de 2013).

# **DERECHO AMBIENTAL**



# **Sistema jurídico ambiental, derecho de los desastres y COVID-19**

*Pierre Foy Valencia\**

Pontificia Universidad Católica del Perú

---

\* Artículo desarrollado en el marco de tareas de investigación del Grupo de Investigación INTE PUCP / Derecho Ambiental. Se contó con la opinión y colaboración de algunos de los miembros de dicho grupo.





## 1. Introducción: COVID-19 y ambiente

Conforme lo demuestra el doctor Peter Moore (2009), la guerra, el hambre o algún desastre natural no fueron «los más grandes asesinos de la historia de la humanidad», sino más bien la gripe, la peste negra y el sida.

Al respecto, la emergencia mundial de la zoonosis<sup>1</sup> del Corona Virus 19 (en adelante COVID-19), oficialmente declarada como pandemia por la OMS —e independientemente de las hipótesis sobre su desarrollo y propagación— ha impactado de manera multidimensional la vida de las sociedades y culturas<sup>2</sup> del orbe, así como de los ecosistemas.<sup>3</sup>

De otra parte, vertiginosamente se ha difuminado mucha información entre datos, evaluaciones, análisis y opiniones con distinto rango de consistencia, acerca de las diversas relaciones entre el COVID-19 y el ambiente (*ergo*, sus ecosistemas). Al alimón, por ejemplo:

- a) En perspectiva de impactos negativos: que la intervención humana inadecuada en los ecosistemas dejó abierta la posibilidad para que se desencadenasen transmisiones de enfermedades zoonóticas, incluso con dimensiones pandémicas;<sup>4</sup> las medidas de cuarentena y aislamiento han permitido un mayor descontrol e ineficiencia de vigilancia y fiscalización en las actividades ilegales, pero también en las formales, como la deforestación y tala acelerada, la generación descontrolada de residuos, derivando muchas en prácticas criminales e impunes, entre otras.

---

1 Enfermedad zoonótica es aquella que puede transmitirse entre animales vertebrados y seres humanos.

2 Según García (2004), la relación ambiente/sociedad supone: a) impactos sociales de las alteraciones al entorno natural, b) Cómo impactan al ambiente las transformaciones y cambios sociales.

3 Los seres humanos dependen de ecosistemas saludables y productivos para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, en Nueva York, el 1 de marzo de 2019 (ONU), se declaró la Década de las Naciones Unidas para la Restauración de los Ecosistemas, con el objeto de «incrementar a gran escala la restauración de los ecosistemas degradados y destruidos, como medida de probada eficacia para luchar contra el cambio climático y mejorar la seguridad alimentaria, el suministro de agua y la biodiversidad».

4 «Fragmentar ecosistemas y perder diversidad de especies son factores que contribuyen a crear “zonas de riesgo”, en donde se incrementa la posibilidad de tener brotes de enfermedades causadas por diversos patógenos» (Gómez, 2020).

b) En perspectiva de impactos positivos: la «liberación de los espacios ocupados por humanos» ha permitido una recomposición y distribución —que algunos denominan recuperación o vuelta a sus territorios— de muchos animales (incluso, reparación de especies que se creían extinguidas) (Rodríguez, 2020); la reducción de la contaminación atmosférica, hídrica y terrestre a resultas de la suspensión de las actividades económicas y comerciales, incluidas las del transporte y su infraestructura (*v. gr.*, disminución de dióxido de nitrógeno – NO<sub>2</sub>) en muchas partes del mundo; el refloramiento y recarga de diversos ecosistemas; por citar las más resaltantes.

Según la data de DW (2020), siete cambios ambientales provocará el coronavirus: «Desde una rápida caída de la polución hasta la aparición de animales salvajes en las ciudades [...] la crisis del COVID-19 dejará una huella ecológica notable. Lástima que no siempre para bien». Estos serían: mejor calidad del aire, caen emisiones de CO<sub>2</sub>, un nuevo mundo para la vida silvestre, alerta con el tráfico de animales salvajes, vías fluviales despejadas, aumento de la basura plástica. Nadie se acuerda de la crisis climática.

Sin duda, como veremos a lo largo de este artículo, cada vez se desvelan mayores conexiones —si se quiere, sinergias, sean positivas o negativas— en esta dinámica de interacción entre ambiente y COVID-19.

## **2. El sistema jurídico: desastres y emergencias ambientales en el Perú**

Hemos sostenido en estudios anteriores que las emergencias ambientales, como en el caso de los desastres, «aparejan “impactos ambientales” en una gran cantidad de situaciones a consecuencia de la inacción, inobservancia, inclusive de la corrupción que infringen las normas de prevención o seguridad ambiental» (Foy, 1998, volumen I, p. 610). En nuestro sistema legal, la Ley N° 28804, sobre declaratoria de emergencia ambiental, norma el procedimiento para su declaración en una determinada área, si aconteciera súbitamente un daño (deterioro) ambiental significativo, que lleve a problemas de salud pública resultantes de alguna contaminación sea aérea, hídrica o del suelo (Foy 2017a y 2017b).

Sin embargo, el Estado peruano, a resultas de los problemas del COVID-19, no ha declarado una emergencia ambiental, sino una sanitaria, que, por cierto, podría conectarse o reconducirse hacia una de orden ambiental. En efecto, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA se declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, dictándose medidas de prevención y control del COVID-19 y renovándolas sucesivamente. Para ello, el sustento jurídico radicó en bases constitucionales sobre la salud (artículos 7 y 9) y la Ley General de Salud (Ley N° 26842), numerales II y IV del título preliminar, enfatizando el numeral XI en el sentido de que «el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión, están sujetos a las limitaciones

que establece la ley en resguardo de la salud pública». Además del artículo 79 de dicha norma, mediante el cual «la Autoridad de Salud dicta medidas de prevención y control para evitar la aparición y propagación de enfermedades transmisibles», entre otros sustentos.<sup>5</sup>

Para Peña (2020), en marzo de este año, el riesgo de desastre como consecuencia del COVID-19 era prácticamente un hecho, como ya lo estamos constatando a la fecha. Sobre todo por la vulnerabilidad en cuanto a servicios de salud, recursos e incapacidad de resiliencia, es decir, no poder responder como individuos y colectividad, así como institucionalidad.

El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) define la resiliencia (*resilience*) como: «Capacidad de los sistemas sociales, económicos y ambientales de afrontar un fenómeno, tendencia o perturbación peligroso respondiendo o reorganizándose de modo que mantengan su función esencial, su identidad y su estructura, y conserven al mismo tiempo la capacidad de adaptación, aprendizaje y transformación» (IPCC, 2014).<sup>6</sup>

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica ambiental, no estamos expresamente ante una declaratoria de emergencia ambiental. Sin embargo, como consecuencia del aislamiento y las medidas pandémicas, independientemente de algunas consecuencias positivas expuestas, quedan abiertas muchas situaciones de invulnerabilidad y descontrol, que si ya en tiempos «normales» en la práctica no eran garantistas, ahora lo son menos ante la ausencia del control y fiscalización ambiental. Como refiere por ejemplo Ipenza (2020): «En plena pandemia la ilegalidad no se ha detenido en la Amazonía». Por ejemplo, en Madre de Dios, el Ministerio Público realizó 50 operativos de persecución e interdicción de la minería ilegal, sucediendo algo similar con el tráfico de madera. Ciertamente, existen muchísimos indicadores de la sobrecarga descontrolada en los ecosistemas de parte de diversas actividades insostenibles valiéndose de la emergencia.

Finalmente, se debe tener presente la dimensión antropogénica de los desastres. Como reza esa especie de clásico local sobre la materia: los desastres no son naturales (Maskrey, 1993), pues los adelantos tecnológicos y el crecimiento económico se convierten en factores exponenciales del riesgo contemporáneo respecto a los desastres (Wiesner, 1991).

---

5 En este contexto, el Decreto Legislativo N° 1156 (y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 007-2014-SA), faculta al Estado a tomar medidas destinadas a garantizar el servicio público de salud, en casos de riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones. Dicha legitimación opera máxime si se configura una emergencia sanitaria declarada por la Organización Mundial de la Salud como pandemia.

6 «La resiliencia tiene al menos tres formas de expresión reconocidas por varios autores; en primer lugar, como la capacidad de reaccionar eficientemente a un evento dado. En una segunda acepción también se acepta como la capacidad para recuperarse rápido del evento, y en una tercera acepción se asume como resiliencia, y mantener las funciones vitales o estructurales a pesar de estar ante un evento» (Santiago, García & Michael, 2018).

### 3. Impacto y desafío del COVID-19 en el sistema jurídico ambiental

El sistema jurídico ambiental supone un conjunto de mecanismos o elementos que lo componen e interactúan. En nuestro «Tratado» (Foy, 2018, pp. 35 y ss.) hemos abordado la noción de sistema jurídico aplicado a la cuestión ambiental (enfoque jurídico-político-sistémico), considerando los elementos que lo configuran (léase, elementos normativos, principios y políticas, portadores e instancias, estrategias, procedimientos, sanciones y destinatarios). Elementos que se articulan con un enfoque de gestión ambiental.

Sin embargo, y para integrarlo a la cuestión del COVID-19, el control jurídico ambiental debe encuadrarse en:

[...] una perspectiva más general del control social del ambiente, puesto que a partir de ello cabría estimar de modo realista las posibilidades y límites que ofrece el Derecho (control jurídico ambiental). En la medida en que los otros mecanismos del control social ambiental operen convenientemente (*v. gr.*, educación ambiental, u opinión pública), el control jurídico ambiental podrá representar un sistema normativo más eficiente y eficaz. (Foy, 2018, p. 37)

Ciertamente, en estos mecanismos extrajurídicos también se deben tener presentes los controles sociales desde los discursos económicos, sanitarios o infraestructurales.

Bajo estas consideraciones, abordaremos algunas premisas en perspectiva netamente jurídica ambiental, debiendo acotar que siendo muchos los ejes y desafíos por desarrollar, «las herramientas virtuales para gestión legal de los proyectos» se avizoran como uno de los principales (Macías, 2020).

#### 3.1. Cambio climático

No obstante algunas cifras «exitosas» en cuanto a reducción de energías fósiles durante el período pandémico del COVID19, esto sería solo un alivio aparente o beneficio cortoplacista, afirma Kaufman (Serrano, 2020). Incluso algunos entusiastamente aluden a una tregua con la naturaleza (Muñizlaw, 2020). En efecto, de acuerdo con el Instituto de Oceanografía Scripps de la Universidad de San Diego, EE.UU., solo una reducción sostenida global del 10 % del uso de combustibles fósiles durante un año conllevaría una disminución notable. Esto se complementa con lo afirmado por la NASA en el sentido de que «la disminución en las emisiones de gases como el CO<sub>2</sub> necesitaría ocurrir durante un período de tiempo *largo y sostenido* para que pueda tener un impacto medible en el clima» (Serrano, 2020).

Desde nuestra perspectiva regional, el grupo ALAC, en los «Principios para un futuro sostenible de América Latina, en tiempos de pandemia y crisis planetaria», en su requerimiento por renovar los compromisos climáticos y de biodiversidad, en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), acaba de plantear el imperativo prioritario de correlacionar «los planes económicos de recuperación con las Estrategias de Largo Plazo de “Emisiones netas Cero”, acelerando la transición

energética, las soluciones basadas en la naturaleza y el desarrollo de una sociedad resiliente y dentro de los límites del planeta» (ALAC, 2020).

En este contexto, el sistema jurídico ambiental peruano tiene la oportunidad de ahondar en la transversalización de la cuestión climática, mediante los diversos mecanismos que se han venido generando, tanto localmente (*v. gr.*, normas para la gestión sostenible de los bosques o de los recursos hídricos, Ley de Cambio Climático, estrategias climáticas, regionales, entre otros) como en su dinámica de compromisos internacionales (*v. gr.*, implementación de normas climáticas como la respectiva Convención Marco, el Acuerdo de París o lo que concierne a la sostenibilidad de la diversidad biológica).<sup>7</sup>

El gran escenario de discusión, como siempre, radica en el punto de equilibrio entre la producción y la seguridad socioambiental y climática, distantes de discursos antisistema que puedan aprovecharse de tales requerimientos. Al respecto, resulta interesante aquello que se ha denominado «Construyendo Bono a través de Bonos Verdes» en aplicación de los Principios de Resiliencia Climática (PRC), fruto de la Iniciativa de Bonos Climáticos (CBI) y la correspondiente emisión del primer bono de resiliencia climática (US\$700 millones) por el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD). Esto, según revelan Ferro y Frisari (2020), con la finalidad de financiar proyectos —existentes y nuevos— de resiliencia climática, asegurando la productividad. Por ejemplo, un cultivo resiliente al clima debe garantizar que no se afecte la rentabilidad de una unidad agrícola o granja (Ferro & Frisari, 2020). Por eso se sostiene que estos mecanismos podrían facilitar recursos financieros para apoyar la recuperación económica, aprovechando para promover economías con cero emisiones netas y resilientes al clima, como sostienen los autores mencionados.<sup>8</sup>

Sin duda, estamos ante un escenario —no solo jurídico— de elaboración de instrumentos económicos de gestión ambiental y climática —diríamos de segunda generación— recogiendo uno de los paradigmas de Río+20 (economía verde), adaptándolo a las condiciones económicas pospandémicas. Máxime si debe tenerse en cuenta mejorar y actualizar los alcances jurídicos ligados con la gestión del riesgo, sobre todo en relación con la adaptación climática, particularmente en los proyectos de inversión pública. Es el caso de servicios de salud básica, servicios de educación básica, prioridades de infraestructura económica, infraestructura vial, servicios de saneamiento, electrificación rural o infraestructura agrícola (Foy & Guevara, 2014).

7 Según comunicación personal de Patricia Iturregui, miembro del GIDAMB y especialista en temas climáticos (2020): «La Ley 30215 (2014) sobre retribución de servicios ecosistémicos considera en la lista de servicios ambientales la protección o conservación de la biodiversidad, especies y ecosistemas. La referida norma se ha aplicado para el caso de la regulación hídrica y en menor medida para el secuestro de carbono. Sin embargo, para el tema de conservación de biodiversidad, especies y ecosistemas no ha habido mayor implementación de esta norma. Sería conveniente promover pago por servicios ecosistémicos en el tema de conservación de biodiversidad, especies y ecosistemas» (2020).

8 Nuestro país cuenta con la Guía de Bonos Verdes para el Perú (México2, 2018, p. 7), en la cual se define que: «los bonos verdes son instrumentos representativos de deuda mayores a 1 año, cuyos recursos son aplicados exclusivamente al financiamiento o refinanciamiento, en parte o en su totalidad, de proyectos nuevos y/o existentes que generen impactos ambientales positivos».

### 3.2. Ecosistemas

En perspectiva jurídica conceptual, la Ley N° 30215, Ley de mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, refiere:

3. Definiciones. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por:

a) *Ecosistema*. Es el sistema natural de organismos vivos que interactúan entre sí y con su entorno físico como una unidad ecológica. Los ecosistemas son la fuente de los servicios ecosistémicos.

También es considerado como ecosistema generador de dichos servicios aquel recuperado o establecido por intervención humana, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley y su reglamento.

b) *Servicios ecosistémicos*. Son aquellos beneficios económicos, sociales y ambientales, directos e indirectos, que las personas obtienen del buen funcionamiento de los ecosistemas, tales como la regulación hídrica en cuencas, el mantenimiento de la biodiversidad, el secuestro de carbono, la belleza paisajística, la formación de suelos y la provisión de recursos genéticos, entre otros, señalados en el reglamento de la presente Ley.

Los servicios ecosistémicos constituyen patrimonio de la nación.

Ahora bien: como se ha explicitado en apartados anteriores, la relación COVID-19-ecosistemas<sup>9</sup> importa una doble implicancia. Una positiva, aparentemente solo para el corto e inmediato plazo. En consecuencia, en caso se vuelva a la «normalidad» prepandémica y sin mayor cambio de actitud y patrones de conducta, estaríamos en igual o peor situación. La otra, directamente negativa, podríamos ejemplificarla en lo sostenido por el grupo Ecologistas en Acción—independientemente de sus posturas un tanto radicales— en una de sus «19 propuestas ambientales y sociales para dar respuesta a la crisis del coronavirus»; la N° 16 precisamente, al referirse a la mejora de la biodiversidad, postula el incremento de la resiliencia de los ecosistemas (*ergo*, las sociedades), frente al embate frecuente e intenso de las infecciones y plagas, que obedecerían a consecuencias propias de la globalización y del cambio climático.

Para complementar esta consideración, invocamos el texto «¿Por qué la deforestación y la pérdida de especies abren la puerta a nuevas enfermedades?» mediante el cual Gómez (2029), citando al doctor Gerardo Suzán Azpiri,<sup>10</sup> señala: «Estamos viendo que las dinámicas de muchos patógenos están cada vez más relacionadas con los cambios drásticos que estamos haciendo al ambiente, como la deforestación, la contaminación, la invasión de zonas naturales o la pérdida de diversidad». Para Gómez, la fragmentación de los ecosistemas apareja la pérdida

---

9 Se debe recordar que en la diversidad biológica puede identificarse tres elementos, esto es, los genes, especies y los ecosistemas.

10 Investigador del Laboratorio de Ecología de Enfermedades de la Facultad de Medicina Veterinaria y Zootecnia de la UNAM y quien fue presidente de la Wildlife Disease Association (WDA) para Latinoamérica entre 2017 y 2019.

de diversidad de especies, lo que genera zonas de riesgo que facilitan el brote de enfermedades.

En buena cuenta, el aprovechamiento insostenible y descontrolado, proveniente de las múltiples actividades humanas contemporáneas sobre los ecosistemas, no solo los debilita, sino que los desgarnece, lo cual posibilita la liberación de especies, plagas, virus y zoonosis, con los subsecuentes procesos pandémicos que abaten a las poblaciones humanas. Con la incidencia, no menos relevante, de acelerar la desestructuración de las dinámicas socioculturales de poblaciones originarias, así como de sus recursos y capacidades de resiliencia para con sus entornos ecosistémicos. Como refiere la ONU (2020), las poblaciones indígenas «son también custodios de una gran riqueza de conocimientos y prácticas tradicionales, lenguas y culturas, que incluyen respuestas a las crisis probadas en el tiempo».

Según tales premisas, nuestro sistema jurídico debiera posicionar y reforzar los instrumentos jurídicos para la gestión sostenible de los ecosistemas, dentro de las clasificaciones de zonas de vida (Holdridge). Ello supone un mayor seguimiento de los compromisos legales de los diferentes agentes (titulares de actividades, funcionarios, segmentos de pobladores y ciudadanos) relacionados con el manejo de estos ecosistemas y de los servicios ecosistémicos que genera. Por ejemplo, tendría que velarse por controlar efectivamente la tala ilegal y su contrabando, así como la minería ilegal y la formal, esta última, en tanto no cumpla con sus obligaciones ambientales.

Refiere Iturregui (2020) que:

Mucho antes del COVID-19, el comercio ilegal de vida silvestre era un tema candente en la política exterior, especialmente en círculos geopolíticos con presencia del crimen organizado. Más de 1,300 millones de dólares de ayuda externa desde el 2010, se han canalizado a nivel mundial por parte de donantes como USAID, el Banco Mundial y otras instituciones financieras para combatir el tráfico ilegal de vida silvestre.

Así mismo, Iturregui confía en que con las medidas referidas al COVID-19 se amplíe el financiamiento dirigido a la conservación —centrado en el comercio ilegal de fauna silvestre— y se reoriente hacia otras variables como la destrucción del hábitat, introducción de especies invasoras, cambio climático y pérdida de la biodiversidad en sus distintas expresiones.

Sin duda, la trama transversal y a todo nivel o escala de la corrupción conforma igualmente un obstáculo o barrera casi infranqueable para el desarrollo sostenible y la necesidad de respuestas eficaces para la rehabilitación de la economía pospandémica: empresas, trabajo, inversiones y su incidencia en los ecosistemas.

### **3.3. Inversiones, política y gestión ambiental**

Para Hernando de Soto (2020), el potencial de la minería es el factor que permitiría levantar capital en tiempos de crisis. Ahora bien: este imperativo, no obstante los detractores de esta actividad y otras extractivas, no supone una flexibilización in-



condicional de los mecanismos ambientales, sino un punto de equilibrio garantista entre inversiones y seguridad socioambiental. La falta de esta percepción conduce a situaciones *in extremis*, sean productivistas o preservacionistas, que buscan intangibilizar los ecosistemas, ambas posturas igualmente insostenibles.

La emergencia pandémica ha limitado la funcionalidad e implementación de los sistemas de certificación y fiscalización ambiental para los titulares de actividades económicas, así como los grados de actuación de otros mecanismos, tales como el acceso a la participación e información ambiental ciudadana, además de la consulta previa. Así mismo, aunque de antemano tampoco había un claro panorama de intervención confiable, la informalidad persiste como factor real, ante el cual urgen respuestas practicables y viables para permitir incorporar a este sector e integrar la economía realmente como en una nación moderna.

En general, la gestión ambiental pública y privada requiere de una integración y complementariedad, para que cada quien realice lo que mejor debiera hacer: esto es, emprendimiento empresarial y servicio público ambiental moderno, responsable, sin invadir campos ni roles, con respeto de los derechos de las poblaciones, las cuales también tienen responsabilidades que cumplir.

Las debilidades institucionales de la gestión pública para brindar servicios en general, en medio de la pandemia y la emergencia, no admiten dudas. Son el resultado multicausal de procesos mal orientados, ya sea desde la política, las inversiones, el obstruccionismo social, el burocratismo ineficiente, la inacción pública por atender necesidades esenciales de las poblaciones, la corrupción, la falta de prospectiva (no confundir con dirigismo); también, la ausencia del principio de autoridad (diferente a autoritarismo o democratismo). Todos estos factores limitan las posibilidades de afirmar una conveniente gobernanza ambiental, capaz de responder a los desafíos de la sostenibilidad en etapa pospandémica.

Contamos en nuestro sistema jurídico con una interminable «panoplia» de políticas, planes, programas, agendas y estrategias para la gestión ambiental, inclusive a modo transectorial. Por ejemplo, en materia climática, se han desarrollado las respectivas estrategias supranacional (CAN), nacional y regionales, además de las relativas a diversos recursos naturales o actividades sostenibles, en cuyos alcances estratégicos se incluye transversalmente la variable climática.

En perspectiva pospandémica, hay que garantizar mecanismos meritocráticos modernos, con funcionarios proactivos y competitivos en la gestión pública ambiental, acordes con los imperativos del siglo XXI, con capacidad de responder (resiliencia) a los imperativos de una sociedad de riesgos globalizada, en busca de patrones energéticos alternativos y modos viables para integrar en la modernidad la pluriculturalidad y lo intercultural, sin extremismos ideológicos. Una gestión pública ambiental en el marco de una Política de Estado, sin amenazas de injerencias de coyuntura o rupturas que le cambien el rumbo o pongan en vilo la continuidad y la seguridad jurídica.

En el caso de Colombia, los desafíos de la gestión ambiental en tiempos de coronavirus se concentran, según Hurtado y Amaya (2020), en los siguientes aspectos: a) Adecuada disposición final de residuos con riesgo biológico o infeccioso; b) Garantía del recurso hídrico en todo momento; c) Aseguramiento de los derechos



de las comunidades y la protección ambiental; y, d) Gestión del cambio climático. Para el Perú, preliminarmente, Mariano Castro (2020) ha priorizado temas de información, investigación, políticas, manejo de residuos, estar alertas y aislamiento. Al respecto, el MINAM ha considerado necesario el impulso de diversas acciones para la gestión ambiental, como las de reducir el uso del plástico, contar con una adecuada gestión de los residuos sólidos, así como luchar contra la deforestación.

### 3.4. Instrumentos de gestión ambiental y emergencias ambientales

En el marco de los alcances de este breve artículo integrador y panorámico, ciertamente no cabría articular todo el andamiaje jurídico referido a los instrumentos de gestión ambiental. Baste recordar que la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611) señala un listado enumerativo o enunciativo (*numerus apertus*), no taxativo, de tales instrumentos. Su definición es muy simple: «Artículo 16.1. Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias».

Ahora bien: en perspectiva de una reflexión relativa al post-COVID-19 y tales mecanismos:

Artículo 17.- De los tipos de instrumentos

[...]

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

Al amparo de todo este «arsenal jurídico», cabría preguntarse un tanto al alimón: ¿qué desafíos y ajustes requieren —en realidad con anterioridad ya lo urgían— para responder a los desafíos pospandémicos? Por ejemplo:

- El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que incluye al SENACE y otros entes nacionales, regionales y locales, ¿cuán eficiente y garantista se comportará en cuanto a sostenibilidad (economía, ambiente y cuestión social), en medio de la necesidad de recuperar el PBI y los niveles de competitividad y de comercio? La nueva normalidad tramitativa y la normativa *ad hoc* para ello, como en el caso de los plazos y operaciones de campo, ¿será debidamente funcional para la sostenibilidad?

- Algo similar surge ante la interrogante respecto al garantismo para la sostenibilidad de la gestión del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), que ciertamente involucra no solo a OEFA sino también a muchos entes más de fiscalización ambiental (EFA). Por ejemplo, en el caso de los plazos suspendidos en materia de los procesos sancionadores administrativos ambientales. Como refieren en Prometheo (2020):

Innumerables sectores económicos de nuestro país (minería, electricidad, hidrocarburos, pesca, agricultura, industria, transporte, entre otros) han sido impactados por el COVID-19. Estos sectores y muchos requerirán de nuestro apoyo incondicional para resurgir, como una oportunidad y desafío en el desarrollo de proyectos económicos; acompañado del estricto cumplimiento del principio de razonabilidad, para no sancionar por sancionar.

- El propio Sistema Nacional de Gestión Ambiental (*v. gr.*, MINAM, ministerios) y sus «réplicas» regionales y locales, ¿qué consolidación y resiliencia tienen para articularse con las actuaciones interinstitucionales ante situaciones de desastres o pandemia con el COVID-19?
- ¿El ordenamiento territorial en general, y el ordenamiento ambiental en específico, tal como está configurado actualmente, ayuda a tales fines, o hace más vulnerables los propósitos de recuperación de la sostenibilidad?
- Las emergencias ambientales anteriormente mencionadas y que aún no son expresamente invocadas, ante la vulnerabilidad y descontrol, podrían ser declaradas.
- Como parte de la gestión intercultural en el caso de las sociedades nativas en entornos amazónicos, corresponde considerar medidas especiales. Es el caso de la aprobación de diversas acciones del Ministerio de Cultura, en el marco de la emergencia sanitaria a nivel nacional por la existencia del COVID-19. A modo de ejemplo, la Resolución Ministerial N° 109-2020-MC formula acciones para tales efectos, cuidando la adecuación intercultural y lingüística, además de determinadas disposiciones relacionadas con los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y las necesarias coordinaciones intersectoriales.

### 3.5. Salud ambiental

La crisis pandémica ha impulsado a la Organización Mundial de la Salud (OMS) —no obstante el nivel de desconfianza o descrédito para ciertos sectores del mundo— a que desarrolle un conjunto de «Orientaciones técnicas sobre el nuevo coronavirus» (OMS, 2020), que sin duda se conectan con diversas cuestiones ambientales, como en los casos de limpieza y desinfección de las superficies del entorno inmediato, criterios de salud pública para ajustar las medidas de salud pública y sociales, orientaciones provisionales para las autoridades locales, cómo utilizar el Instrumento de Evaluación de Riesgos del Addendum Religioso relativo a las Concentraciones Multitudinarias de la OMS, agua, saneamiento, higiene y gestión de desechos, consideraciones relativas a los ajustes de las medidas de salud pública y sociales, entre otros.

Como sostiene Ecologistas en Acción (2020) al referirse a la mejora de la salud ambiental, factores como la contaminación (químicas, hídricas) o la mala calidad del aire impactan decisivamente en la salud de la población, haciéndola más vulnerable a infecciones como el COVID-19. De ahí la necesidad de que las políticas públicas mejoren «el binomio salud y ambiente» (*v. gr.*, evitar el uso de sustancias tóxicas en la desinfección de instalaciones sanitarias, edificios y transporte, cuidar al personal involucrado). En realidad, se advierten muchísimas interrelaciones entre salud y ambiente en este contexto pandémico, como veremos en materia de residuos.

En perspectiva climática, la salud ambiental, relacionada con el COVID-19 (Ruiz, 2020), nos muestra una tendencia a considerar en determinadas declaraciones —no obstante no tener carácter vinculante:

<b>Declaración</b>	<b>Alcance esencial</b>
Declaración de Doha sobre Clima, Salud y Bienestar (Global Climate & Health Alliance, 2012)	Propone que los países coloquen a la salud en el centro de la acción climática, lo que permitiría visualizar mejor sus impactos en el desarrollo y bienestar.
Declaración sobre Cambio Climático y Salud (American Lung Association, 2016)	Reconoce que los patrones climáticos extremos desestabilizan las comunidades y hábitats, ampliando el rango geográfico de vectores mosquitos, garrapatas y otros insectos transmisores.
Declaración de Durban sobre Clima y Salud (Health Care without Harm, 2011)	Reconoce los efectos positivos de la mitigación climática sobre la salud pública y la necesidad de evitar un desastre en la salud pública global.

Fuente: Ruiz (2020). Elaboración: Pierre Foy.

En este contexto, Ruiz estima la necesidad de una «investigación prospectiva y multidisciplinaria» que permitiría responder al rol de «lo público», así como comprender en el tiempo (actual y futuro) los efectos del cambio climático sobre la salud pública en nuestra región, que muy poco ha integrado esta temática a los procesos de toma de decisiones (2020).

Retomando la perspectiva del impacto humano sobre los ecosistemas y el desencadenamiento o propagación de las enfermedades zoonóticas, Zamora (2020) postula la necesidad de:

remedios efectivos a largo plazo a actores que van desde tomadores de decisión a comunidades locales, acudiendo a mecanismos jurídicos ambientales preventivos y de ejecución concreta.

La ALAC (2020) manifiesta que tras la pérdida de miles de muertes y el colapso de las actividades económicas, se pueden mejorar las condiciones ambientales en las ciudades, con la debida resiliencia de la naturaleza, sobre todo en términos de calidad del aire (*v. gr.*, disminuyendo contaminantes de vida corta), lo cual genera efectos positivos para la vida y salud de las personas, máxime si la salud del planeta es también la salud de quienes lo habitamos.

### **3.6. Calidad de vida: agua potable**

Sin duda, el acceso a la calidad del agua y, en general, las condiciones para el adecuado saneamiento, tanto urbano como rural, constituyen una de las exigencias básicas antes, durante y en la pospandemia. Máxime si esta exigencia conforma hoy en día un derecho fundamental a nivel de ONU y en nuestra Constitución (artículo 7-A). Por ejemplo, son necesarios, en particular en el campo de los planes de control de calidad (PCC) del agua para consumo humano, con el fin de identificar peligros y riesgos optimizando recursos y ser eficientes para garantizar calidad hídrica para el consumo humano.

### **3.7. Calidad de vida: residuos sólidos**

En las experiencias recientes comparadas, así como en nuestro país, se han tomado diversas medidas atendiendo la relevancia del tema de residuos en relación con el COVID-19, pero también en el contexto de limitadas capacidades tanto técnicas, infraestructurales, financieras y de gestión en general.

Uno de los temas centrales al respecto es el manejo de los residuos hospitalarios generados por el COVID-19. En perspectiva jurídica, como refiere Dulanto (2020), hay protocolos como la alerta epidemiológica (AE-010-2020, Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades), que prescriben la segregación e incineración de los residuos hospitalarios generados por casos confirmados. En los hechos se advierten ineficiencias en tales procesos, no siendo suficientes los protocolos cuando se carece de inversión en esta materia.

Un informe especial del diario *El Comercio* (2020) titula: «La débil gestión de residuos peligrosos por COVID-19, aumenta riesgo de contagios». Sobre todo porque la norma en cuestión —a la fecha, 26 de abril— no obligaba al tratamiento de desechos biocontaminados<sup>11</sup> antes de su disposición final en rellenos sanitarios, así como la inexistencia de protocolo específico para tratar los residuos peligrosos generados por pacientes de COVID19 en sus casas. Aspectos que están siendo rectificadas a partir de sucesivos cambios normativos.

### **3.8. Aprovechamiento sostenible de recursos naturales renovables**

Muy correlacionado con lo que vimos sobre ecosistemas y cambio climático, la UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza u Organización Mundial para la Conservación, OMC), en perspectiva de los recursos naturales renovables, expidió la «Declaración de la UICN sobre la pandemia de Covid-19» (2020), sosteniendo que «Los cambios en el uso de la tierra son un motor clave de las enfermedades zoonóticas emergentes. La deforestación, la fragmentación de los hábitats

---

11 Para el gerente general del Séché Group Perú, Máximo Coll: «Un biocontaminado es un residuo peligroso con potencial de causar daño en el medio ambiente y la salud humana. El incinerador elimina al 100% la peligrosidad de los residuos y reduce en 95% su volumen. El polvo que queda se lleva a un relleno de seguridad para su disposición final» (*El Comercio*, 2020).

y la expansión de la frontera agrícola aumentan los contactos entre humanos y otros animales, aumentando potencialmente las posibilidades de que surjan y se propagan zoonosis».

La crisis pandémica ha incidido en las acciones o programas de conservación, lo cual estaría contribuyendo a una aceleración de la tasa de desaparición de especies (Vásquez, 2020), muy al contrario de las imágenes o percepciones mediáticas sobre el impacto positivo del confinamiento o aparentes indicadores ambientales positivos.

En el caso de los recursos pesqueros, los países y la FAO están procurando promover políticas y herramientas económicas para proteger la industria y el empleo, en perspectiva de una recuperación rápida del sector, en la medida de lo posible, siempre considerando prácticas de seguridad e higiene en los lugares de llegada. No menos importante resulta atender las cadenas de valor de la pesca responsable, con los hogares de los operadores (FAO, 2020).

En el Perú, más aún, contando con una importante gastronomía hidrobiológica, así como una exportación pesquera de gran volumen (y acuícola en lo que corresponda), además de la escala pequeña y artesanal, sin duda el desafío en materia de salud, trabajo e inversión es enorme, ante lo cual las herramientas legales al servicio de la sostenibilidad hidrobiológica tienen que estar en permanente adecuación y mejora.

### **3.9. Aprovechamiento sostenible de recursos naturales no renovables**

Hoy se habla de una suerte de nueva cultura «cero COVID-19» en minería, en la que se puedan identificar estrategias para reestablecer la economía del país. Actividad que —siguiendo patrones de calidad ambiental, por cierto— puede constituir una vía rápida (mediante impuestos y divisas) para recuperar los gastos de la prevención y respuestas públicas ante este proceso pandémico (Rumbo Minero, 2020). Se apela a la necesidad de integrar saberes y prácticas para repensar y reactivar la industria minera en el período pospandemia (Minería on line, 2020).

Sin embargo, desde otra mirada complementaria, reconociéndose la necesidad de una estrategia que impulse nuevamente al sector, se advierten incertidumbre y riesgos en este escenario de reactivación. Al respecto se reclama, a modo de consigna, lograr un ambiente laboral «cero Covid-19», así como «un balance entre las necesidades de reactivación de la economía, y, de otro lado, las necesarias medidas de contención/protección contra el Covid-19» y la especial protección que requieren las poblaciones vulnerables como los pueblos indígenas (CooperAcción, 2020), además del riesgo de que, por recuperar el tiempo, se aceleren las actividades extractivas sin que sean debidamente supervisadas, lo que agravaría los conflictos sociales preexistentes o latentes.

### **3.10. Justicia ambiental: administrativa y judicial**

Se trata de un tema extenso ante el cual interesa acentuar una premisa fuerza. Si bien en los tiempos, digamos normales, estas estructuras orgánicas y sus

correspondientes mecanismos procesales y operadores eran ya disfuncionales, no obstante las relativas reformas —tanto judiciales como administrativas en la materia— para el período pospandémico, sus barreras y limitaciones tienden a magnificarse exponencialmente.

Deberíamos tener confianza en los procesos de modernización tecnológica de los procesos, expedientes, trabajos de campo, personal y logística idónea, que no afecten el garantismo, ni la seguridad jurídica, al servicio de los asuntos judiciales o administrativos ambientales y conexos. No debe permitirse el relajamiento de los mecanismos de actuación funcional y control en general que facilite la impunidad o la falta de transparencia para las decisiones justas.

### **3.11. Entornos urbanos**

Se suscitan muchas posibles aproximaciones a la relación entre ciudades o entornos urbanos y COVID-19, sobre todo por las dinámicas de concentración poblacional (centros de consumos, turismo, transporte, recreación, trabajo, control, entre otros). Según Fernández de Losada (2020), muchas ciudades durante la crisis pandémica asumieron roles dinámicos, incluso en oposición a los negacionismos gubernamentales nacionales, liderando el confinamiento, el acceso a servicios básicos, la atención a los vulnerables, asociándose con empresas y particulares para buscar soluciones prácticas. Todo lo cual, sin embargo, no despeja la duda de si seguirán siendo protagónicos o perderán centralidad ante una nueva normativa y enfoque pospandémico que nadie sabe a ciencia cierta cómo será.

Queda claro que el enfoque multívoco sobre las ciudades sostenibles, como perspectiva, se mantiene, pero se recompondrá, sin una necesaria focalización o eje. Se habla del enverdecimiento urbano y ocio verde (Mundo Ecológico, 2020), del reencuentro naturaleza/ 'culturaleza' y la convivencia más armónica con los animales, de los *continuum* urbano rural de nuevo tipo, de nuevas resiliencias, entre muchas otras consideraciones. Lo cierto es que no se pueden tipologizar tan complejas realidades, que van desde megalópolis a pequeñas ciudades, en contextos de desarrollo propios de cada cultura e historia. Aterrizando, no es lo mismo pensar en la crisis del COVID-19 en los asentamientos populares y sus necesarias estrategias (Bonilla, 2020), en contraste con otras dinámicas o patrones sociales en una ciudad como Lima y sus zonas mesocráticas o, más aún, sus espacios medianamente exclusivos.

En relación con los asentamientos humanos, Bonilla (2020) considera que deben tenerse en cuenta las siguientes dimensiones: gestión de información, respuesta de urgencia de salud y necesidades básicas, integración urbana, combate a las desigualdades entrecruzadas, reforma de la gobernanza urbana, en un contexto de reivindicación y democratización de la ciudad, proponiendo una nueva agenda urbana que opere como instrumento articulador de «los esfuerzos de respuesta y recuperación» frente al COVID-19.

Una dimensión ambiental del derecho urbano y municipal en el contexto pospandémico es todo un desarrollo y marco conceptual prospectivo, además de la aplicación jurídica que debemos activar. Ciertamente, los aspectos ambientales de la infraestructura urbana, de la planificación y distribución de las actividades en el

espacio, el ordenamiento territorial y sus conexiones con el propiamente ambiental, por citar al alimón ideas ejes, conforman desafíos del derecho urbano y municipal ambiental en fase pospandémica.

### **3.12. Animales domésticos**

Si bien es cierto la cuestión del derecho animal (o sistema jurídico y animales) disciplinariamente es diferente al derecho ambiental —no obstante sus relaciones interdisciplinarias—, hemos optado por incluir algunas breves pautas sobre los animales más vinculados a la cotidianidad y vida humana, como es el caso de las mascotas en contexto Coronavid-19.

Al respecto, lo que más se ha estado discutiendo han sido asuntos como el contagio o no de las mascotas a los humanos, la necesidad de pasearlos esencialmente para que hicieran sus necesidades e, indirectamente, favorecer la reducción de su estrés, además de sus tratamientos médicos y el aseo.

En perspectiva jurídica, cabe recordar la Ley N° 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, que indica que «uno de los principios aplicados en nuestro ordenamiento jurídico es el de protección y bienestar animal, con lo cual se debe pensar en las necesidades de este tipo de animales, incluso en estados de excepción» (Dulanto, 2020). En las normas de la emergencia se tuvo que exceptuar la salida con mascotas debido a la presión social y situaciones que incluso provocaron la detención de personas.

La salud integral de los animales y mascotas es un valor que se va integrando en perspectiva sistémica a los derechos de las personas. No se da el caso en nuestro sistema jurídico de reconocimiento de derechos a los animales, pero sí de deberes y obligaciones que cumplir de parte de las personas hacia ellos.

En nuestro estudio sobre la salud animal (2018b, p. 27) sosteníamos que desde la perspectiva del bienestar animal: «el animal no debe ser visto como un bien o producto de importancia o utilidad humana para fines de trabajo o de consumo, sino como un ser con vida y dignidad». En efecto, reafirmábamos que «el animal no es solamente un bien de importancia o de utilidad humana para fines de trabajo o de consumo; en consecuencia, su atención en cuanto a la salud trasciende esos parámetros utilitaristas» (2018b, 46).

## **4. Prospectiva**

En el ya clásico estudio del biólogo J. Diamond sobre *Armas, gérmenes y acero. Breve historia de la humanidad en los últimos años* (2006), el autor interpreta que los factores desencadenantes para que determinadas sociedades colapsen y desaparezcan o, en su caso, perduren, identificó cinco conjuntos de factores atribuibles a tal desaparición o supervivencia: a) deterioro ambiental, b) cambio climático, c) vecinos hostiles, d) socios comerciales amistosos, y e) respuesta de la sociedad a sus problemas ambientales.



Al parecer, la amenaza pandémica del COVID-19 estaría develando varios de los factores adversos planteados por Diamond, solo que, sin ser catastrofistas pero sí con una dosis de realismo, o siquiera de escepticismo, no es desatinado estimar como consecuencia que dicho colapso sería de orden planetario y pareciera estar tocando la puerta.

La reciente declaración del ALAC (2020) sobre los «Principios para un futuro sostenible de América Latina en tiempos de pandemia y crisis planetaria» nos advierte de la necesidad de desarrollar «Bases para un renacimiento sostenible desde América Latina», y postula:

un nuevo «renacimiento» en donde el planeta y sus límites sean el marco esencial de nuestras decisiones políticas y económicas para garantizar la vida y el bienestar de la humanidad y de la maravillosa diversidad de organismos que la hacen posible y duradera. Un nuevo «acuerdo por la naturaleza y las personas» que plantee los compromisos de los Estados y otros actores hacia un nuevo marco efectivo para revertir los procesos de pérdida y deterioro de las condiciones naturales del planeta.

Para cumplir con los designios de un nuevo orden social local, regional y global plantean la inclusión de los siguientes principios: 1) El conocimiento científico debe sustentar las decisiones. 2) La solidaridad debe guiar la respuesta ante las crisis globales. 3) Avanzar hacia una economía del bienestar no solo del crecimiento. 4) Renovar los compromisos climáticos y de biodiversidad en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). 5) Poner el desarrollo de la tecnología al servicio de las soluciones y encuadrada en los principios democráticos, el respeto a los derechos humanos y el derecho a la privacidad de la información. 6) Revisión del rol del Estado y de la gobernanza a todo nivel asegurando el fortalecimiento de las instituciones democráticas y republicanas. 7) Desarrollar nuevos modelos de negocios que integren objetivos económicos, ambientales y sociales. Todo ello desde la perspectiva de fortalecer la capacidad de resiliencia, restauración de los sistemas naturales y acelerar la transición hacia una economía del bienestar dentro de los límites planetarios.

Con el objeto de ir afirmando criterios para una prospectiva jurídica ambiental aplicable a la pospandemia COVID-19, de las diversas tendencias planteadas en cuanto a las relaciones naturaleza y sociedad, nos resulta más adecuada aquella corriente ambiental que se acoge a un enfoque sistémico, por su carácter integrador y facilitador para la reflexión sobre la supuesta dicotomía entre hombre y naturaleza y procura reconciliarlos (Castillo, Suárez & Mosquera, 2017, p. 19). Desde esta perspectiva sistémica u holística, Delgado (2020) invoca la «tesis del macroscopio» de Joël de Rosnay, referida a que los sistemas complejos deben enfocarse como un todo, no por separado. De ello deviene, subsecuentemente, que no es efectivo atacar por separado al COVID-19; más aún si consideramos que recesión económica, pérdida de biodiversidad, cambio climático y demás problemas ambientales conexos deben combatirse como un conjunto, pues de lo contrario podemos arribar a soluciones aparentes (Delgado, 2020).

Si, como afirma De Windt (2020) acerca del derecho ambiental como un «estudio de la sociedad en riesgo, de los hechos abrumadores de la ciencia y la compren-



sión de los límites y los problemas», entonces las herramientas del sistema jurídico al servicio del ambiente para la dinámica pospandémica deben ser más arriesgados y temerarios, a la par que responsables, en una fina búsqueda de equilibrio entre seguridades ecosistémicas, de las personas y colectividades, así como económica, acorde con el nuevo escenario. No se pueden reducir con entusiasmo, supuestamente justiciero, los imperativos de la producción que ciertamente deben estar sustentados en nuevos parámetros y acaso paradigmas, sin incurrir de contrabando en conceptos ideológicos antisistema.

A su turno, sin duda dependemos de criterios científicos, técnicos y sociales para responder al proceso pandémico en ciernes; sin embargo, no se puede abdicar de un mínimo de legalidad y seguridad para tomar decisiones en el contexto de la prevención y corrección del riesgo (Pardo, 1999). A situaciones de emergencia, un derecho de emergencia es razonable y necesario, sin perder de vista los principios esenciales y valores de respeto a las personas y colectividades (*v. gr.*, derechos sepulcrales, de propiedad, culturales, de privacidad y libertad en general), por supuesto con salvaguarda de los ecosistemas, pues finalmente somos seres ecosistémicos, inconcebibles e irreconocibles sin esa dimensión.

¿Cómo preservar la seguridad del planeta y contribuir a la vez a su desarrollo? Es uno de los grandes desafíos desde el derecho (AA.VV., 2012).

## 5. Conclusiones

El artículo que hemos elaborado, acaso con algunas pretensiones y muchas insuficiencias, básicamente ha tenido el propósito de abrir una reflexión que integra criterios relacionados con el ambiente y los valores sistémicos, su correlato jurídico, mediante diversos elementos o componentes (*v. gr.*, cambio climático, biodiversidad y ecosistemas, inversiones, política y gestión ambiental y sus instrumentos, salud ambiental, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, entornos urbanos, animales domésticos, entre otros) y unas líneas prospectivas sobre el tema.

## Referencias

- AA.VV. (2012). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AA. VV. (2020). Sopa de Wuhan editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio). Recuperado de: <http://iips.usac.edu.gt/wp-content/uploads/2020/03/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf>
- ALAC. (2020). Principios para un futuro sostenible de América Latina, en tiempos de pandemia y crisis planetaria. Recuperado de <https://actionlac.net/cartaabierta/>
- Bonilla, L. (2020). La crisis del COVID-19 y los asentamientos populares: aproximación sobre la marcha para el debate de una estrategia regional. En Clacso, *Pensar la pandemia: Observatorio social del coronavirus*. Recuperado de: <https://www.clacso.org/la-crisis>

sis-del-covid-19-y-los-asentamientos-populares-aproximacion-sobre-la-marcha-para-el-debate-de-una-estrategia-regional/

Castillo, A. Y., Suárez, J. H., & Mosquera, J. (2017). Naturaleza y sociedad: relaciones y tendencias desde un enfoque eurocéntrico, N.º 44, enero-junio, pp. 348-371. Universidad de Caldas Luna Azul.

Castro, M. (s.f.). ¿Qué hacer desde la gestión ambiental y climática frente al coronavirus? Recuperado de: <https://marianocastro.lamula.pe/2020/03/21/que-hacer-desde-la-gestion-ambiental-y-climatica-frente-al-coronavirus-covid-19/marianocastrosm/>

CooperAcción. (2020). Coronavirus: incertidumbre y riesgos en un escenario de reactivación económica. Recuperado de: <http://cooperaccion.org.pe/coronavirus-incertidumbre-y-riesgos-en-un-escenario-de-reactivacion-economica/>

Delgado, P. (2020). El posible efecto rebote en la gestión ambiental, luego de la pandemia por Covid-19. Recuperado de: <https://ius360.com/otro/medio-ambiente/el-posible-efecto-rebote-en-la-gestion-ambiental-luego-de-la-pandemia-por-covid-19/>

De Soto, H. (2020). Potencial de la minería para levantar capital en tiempos de crisis. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=juQSptHz1Fg>

Diamond, J. (2006). *Armas, gérmenes y acero. Breve historia de la humanidad en los últimos años*. Barcelona: Debate.

Dulanto, A. (2020). Retos del derecho ambiental frente a las regulaciones sobre el COVID-19. Lima: Regulación Ambiental. Recuperado de <http://www.enfoquederecho.com/2020/04/01/retos-del-derecho-ambiental-frente-a-las-regulaciones-sobre-el-covid19>

Deutsche Welle DW. (2020). Siete cambios ambientales que provocará el coronavirus. Recuperado de: <https://www.dw.com/es/siete-cambios-ambientales-que-provocar%C3%A1-el-coronavirus/g-53096981>

Ecologistas en Acción. (2020). 19 propuestas ambientales y sociales para dar respuesta a la crisis del coronavirus. Recuperado de <https://www.ecologistasenaccion.org/139068/plan-de-cuidados-covid-19/>

El Comercio (2020). Débil gestión de residuos peligrosos por COVID-19 aumenta riesgo de contagios. Informe especial. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/lima/coronavirus-en-peru-debil-gestion-de-residuos-peligrosos-por-covid-19-aumenta-riesgo-de-contagios-informe-especial-informe-especial-noticia/>

FAO. (2020). Preguntas y respuestas: pandemia de COVID-19: impacto en la pesca y la acuicultura. Recuperado de: <http://www.fao.org/2019-ncov/q-and-a/impact-on-fisheries-and-aquaculture/en/>

Ferro, P., & Frisari, G. (2020). ¿Cómo pueden los bonos verdes ayudar a construir resiliencia después de COVID-19? Recopilado de: <https://blogs.iadb.org/sostenibilidad/es/como-pueden-los-bonos-verdes-ayudar-a-construir-resiliencia-despues-de-covid-19/>

Foy, P. (2017a). Sobre desastres y emergencias ambientales. A propósito del artículo 28 de la Ley General del Ambiente (II). *Revista Actualidad Gubernamental*, año XIII, N.º 107, pp. XIII-1 / XIII-1.

Foy, P. (2017b). Sobre desastres y emergencias ambientales. A propósito del artículo 28 de la Ley General del Ambiente (I). *Revista Actualidad Gubernamental*, año IX, N.º 106, pp. XIII-1 / XIII-3.

Foy, P. (2018a). *Tratado de Derecho Ambiental. Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente*. 2 volúmenes. Lima: Instituto Pacífico.

Foy, P. (2018b). Consideraciones jurídicas sobre la salud animal. *Revista de Derecho*, (23), 26-49. Recuperado de: <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i23.5655>

Foy P., & Guevara, R. (2014). Derecho climático, gestión del riesgo y desastres naturales. *Revista Actualidad Gubernamental*, año 6, N.º 69. pp. XIII-4/XIII-6.

García, E. (2004). *Medio ambiente y sociedad: la civilización industrial y los límites del planeta*. Madrid: Alianza Editorial.

Gómez Durán, T. (2020). *¿Por qué la deforestación y la pérdida de especies abren la puerta a nuevas enfermedades?* Recuperado de: <https://es.mongabay.com/2020/04/covid-19-deforestacion-y-la-perdida-de-especies/>

Gutiérrez, C. (2020). La gestión ambiental en tiempos de pandemia. Recuperado de <https://www.kas.de/documents/273477/8706787/Art%C3%ADculo+CG+-+CC+en+tiempos+de+Coronavirus+Final.pdf/b6dc26b2-63a7-4c2c-f4d8-897f0ad41e8a?version=1.0&t=1586355690808>

Hurtado, J., & Amaya, A. (2020). Desafíos de la gestión ambiental en tiempos de coronavirus en Colombia. *PÓLEMOS*. Recuperado de: <https://polemos.pe/desafios-de-la-gestion-ambiental-en-tiempos-de-coronavirus-en-colombia-2/>

IPCC. (2014). Anexo II: Glosario [K. J. Mach, S. Planton y C. von Stechow (Eds.), *Cambio climático 2014: Informe de síntesis*. Contribución de los grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. Equipo principal de redacción: R. K. Pachauri & L.A. Meyer (Eds.). Ginebra: IPCC, pp. 127-141.

Ipenza, C. (2020). Los crímenes ambientales no se detienen durante la pandemia. Recuperado de <https://www.ppulegal.com/insights/libreria-de-conocimiento/que-pasara-con-las-obligaciones-ambientales-pos-covid-19/>

Iturregui, Patricia (2020). Comunicación personal del 27 de mayo de 2020.

Losada de, F. (2020). Una crisis urbana en tres dimensiones. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2020/04/13/seres\\_urbanos/1586814836\\_874372.html](https://elpais.com/elpais/2020/04/13/seres_urbanos/1586814836_874372.html)

Macías, L. F. , & Páez, I. (2020). *¿Qué pasará con las obligaciones ambientales pos COVID-19?* Recuperado de: <https://www.ppulegal.com/insights/libreria-de-conocimiento/que-pasara-con-las-obligaciones-ambientales-pos-covid-19/>

Maskrey, A. (Compilador). (1993). *Los desastres no son naturales*. Lima: Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina.

MÉXICO2 – Plataforma Mexicana de Carbono (2018). Guía de Bonos Verdes para el Perú. Recuperado de: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/703502/27-04\\_GUIA\\_PERU\\_MX2\\_FINAL.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/703502/27-04_GUIA_PERU_MX2_FINAL.pdf)

Minería on line (2020). Los efectos del corona virus en la industria minera. Recuperado de: <http://www.mineriaonline.com.pe/editorial/los-efectos-del-coronavirus-en-la-industria-minera>

Moore, P. (2009). *El libro de las pandemias. Las 50 plagas e infecciones más virulentas del mundo*. Madrid: Océano-Ámbar.

Muñizlaw (2020). La tregua: el impacto ambiental de las medidas contra el COVID-19. Recuperado de: <https://estudiomuniz.pe/la-tregua-el-impacto-ambiental-de-las-medidas-contrael-covid-19/>

OMS. (2020) Orientaciones técnicas sobre el nuevo coronavirus (2019-nCoV). Recuperado de: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>

ONU. (2019). Nueva Década de la ONU para la Restauración de los Ecosistemas, una gran oportunidad para la seguridad alimentaria y la acción climática. New York. Recuperado de: <https://www.unenvironment.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/nueva-decada-de-la-onu-para-la-restauracion-de-los>

ONU. (2020). Pueblos indígenas y la pandemia del Covid-19: consideraciones. Recuperado de: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2020/04/COVID\\_IP\\_considerations\\_Spanish.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2020/04/COVID_IP_considerations_Spanish.pdf)

Pardo, E. J. (1999). Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Peña, A. (2020). Coronavirus y riesgo de desastre. Recuperado de: <https://ius360.com/columnas/coronavirus-y-riesgo-de-desastre-antonio-pena-jumpa/>

Prometheo.pe (2020). Impactos del covid-19 en la fiscalización ambiental: una mirada hacia el futuro y un reto importante que enfrentar. Recuperado de: <http://prometheo.pe/impactos-del-covid-19-en-la-fiscalizacion-ambiental-una-mirada-hacia-el-futuro-y-un-reto-importante-que-enfrentar/>

Rodríguez, J. (2020). Externalidades con incidencias ambientales en torno al COVID-19 Recuperado de: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/externalidades-con-incidencias-ambientales-entorno-al-covid-19/>

Rojas, R. (2020). Enfoque sociológico sobre la pandemia de covid-19. Un breve análisis y una propuesta, como desafío (edición actualizada y aumentada). México. Recuperado de: <https://raulrojassoriano.com/cuallitlanezi/wp-content/uploads/2020/04/enfoque-sociologico-pandemia-COVID-19-raulrojassoriano.pdf?v2>

Rumbo Minero. (2020). Hacia la nueva cultura de «cero Covid-19» en minería, por Ricardo Labó. Recuperado de: <http://www.rumbominero.com/noticias/mineria/hacia-la-nueva-cultura-de-cero-covid-19-en-mineria-por-ricardo-labo/>

Ruiz Muller, M. (2020). *Cambio climático y salud pública: la convergencia inevitable, a propósito del coronavirus*. Lima: SPDA. Boletín Política Comercial y Ambiental, abril.

Santiago, T., García, M., & Michael, P. (2018) Enfoques de la resiliencia ante el cambio climático. *Agricultura, sociedad y desarrollo*, 15(4), 531-539. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-54722018000400531&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-54722018000400531&lng=es&tlng=es).

Serrano, C. (2020). Coronavirus y cambio climático: por qué la pandemia no es realmente tan buena para el medio ambiente. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52596472>

UICN. (2020). Declaración de la UICN sobre la pandemia de COVID-19. Recuperado de: <https://www.iucn.org/es/news/secretaria/202004/declaracion-de-la-uicn-sobre-la-pandemia-de-covid-19>

Vázquez, I. (2020). COVID-19: ¿un boom para el medio ambiente? Recuperado de: <https://puntoedu.pucp.edu.pe/opinion/covid-19-un-boom-para-el-medio-ambiente/>

Windt, de C. (2020). Estado de derecho ambiental: pandemias ahora y la próxima vez en las Américas. Recuperado de: <https://www.iucn.org/es/news/world-commission-environmental-law/202004/estado-de-derecho-ambiental-pandemias-ahora-y-la-proxima-vez-en-las-americas>

Wiesner, L. (1991). *Desastre y derecho: una aproximación al riesgo tecnológico*. Bogotá: Temis.

Wilkinson, D., & Téllez, L. (2020). ¿Cuál podría ser el impacto de la COVID-19 en la crisis climática? Foreign Policy In Focus. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2020/04/22/cual-podria-ser-el-impacto-de-la-covid-19-en-la-crisis-climatica>

Zamora, P. (2020). El derecho ambiental como herramienta de la salud pública desde la perspectiva del COVID-19. Recuperado de: <https://medium.com/@pablozamora/el-derecho-ambiental-como-herramienta-de-la-salud-p%C3%BAblica-desde-la-perspectiva-del-covid-19-d69c491a5d72>



# **DERECHO DE LITIGIOS**





# **El impacto del COVID-19 en la conducción de los arbitrajes**

*Mario Reggiardo Saavedra*

*Álvaro Cuba Horna*

Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción<sup>1</sup>

El 2020 es un año que marcará la historia contemporánea. Puede que muchas cosas no vuelvan a ser como antes y que nuestros hábitos sociales y profesionales cambien. La pandemia del COVID-19 ha obligado a tomar medidas radicales para proteger la salud de las personas y reducir la posibilidad de contagio. El contacto físico y las reuniones son situaciones que se evitarán por completo en los próximos meses. Y ello puede generar prácticas que perduren años.

El mundo del derecho se ha visto igualmente afectado. El arbitraje es una de las áreas más afectadas. La litigación en una audiencia presencial, con los árbitros, partes, abogados y expertos, e interactuando durante varios días en un mismo lugar, es hoy algo para nada recomendable. Y una vez levantado el «aislamiento social obligatorio», como dice Gary Benton:

Espera menos apretones de manos y más golpes de codo. A medida que los mercados bursátiles se tambalean, el mercado de la tecnología de videoconferencia está en auge. Sin lugar a dudas, se llevarán a cabo audiencias más probatorias en línea o al menos con la participación remota de algunos de los participantes. (Benton, 2020)

El arbitraje se ha aliado con la tecnología para hacerle frente al COVID-19. Lo que hasta hace poco eran escenarios imposibles de cambiar, como la audiencia presencial, están migrando hacia nuevos modos de conducción virtual del arbitraje. Distintos protocolos de instituciones arbitrales han diseñado herramientas para lograr la continuación de los arbitrajes durante la situación de pandemia.

En este artículo nos enfocaremos en el impacto de la necesidad de distanciamiento social y limitaciones de movimiento generadas por las políticas sobre el COVID-19 en la conducción de los arbitrajes. Analizaremos los principales lineamientos dictados en la comunidad arbitral para la organización y conducción de los arbitrajes.

---

<sup>1</sup> Los autores agradecen a Jorge Luis Morelli por sus comentarios al proyecto de este artículo.

## 2. La organización de los arbitrajes

La etapa del arbitraje más afectada es la audiencia. La regla era que las audiencias sean presenciales. Nunca cuestionábamos este tipo de audiencia, porque es útil. Los interrogatorios a testigos y expertos, la presentación del caso al tribunal y los alegatos se adaptan fácilmente a una audiencia física. Con la audiencia física, las partes «darán vida a lo que, para los árbitros, ha sido hasta ahora solo una pila de papeles» (Levy & Reed, 2007, p. 97).

Pese a que ya existían disposiciones sobre tecnología aplicada a las audiencias virtuales, con poca regularidad eran usadas.<sup>2</sup> Los beneficios de la audiencia presencial son claros: poder contar la historia del caso en persona al tribunal arbitral, la inmediación de la prueba, poder observar y escuchar con plenitud al testigo o experto en persona, en vez de hacerlo bajo las limitaciones virtuales. En principio, una audiencia presencial permite a los árbitros tener más información para resolver un caso. Pero las dificultades a raíz del COVID-19 han incentivado la rápida aceptación de herramientas que, en un contexto ordinario, hubiera tomado muchísimo más tiempo. Como indica Yuval Noah Harari: «Muchas emergencias a corto plazo se convertirán en un elemento vital. Esa es la naturaleza de las emergencias. Avanzan rápidamente los procesos históricos. Las decisiones que en tiempos normales podrían llevar años de deliberación se aprueban en cuestión de horas» (Noah Harari, 2020).

La pandemia del COVID-19 le ha dado al arbitraje una oportunidad para cuestionar lo incuestionable. Las audiencias virtuales permiten, en cierta medida, analizar eventuales falencias de las audiencias físicas. ¿Son necesarios muchos testigos? ¿Las audiencias deben durar menos días? ¿La pérdida de inmediación de la prueba se justifica con la gran reducción de los gastos arbitrales? ¿Las audiencias virtuales permiten proteger el medio ambiente? Como indica Mireze Philippe:

Los beneficios de las audiencias virtuales incluyen el ahorro de tiempo y los costos de viajar y el medio ambiente, ya que el cambio climático es hoy el centro de la preocupación mundial. La forma en que las personas ahora interactúan con la tecnología ha eliminado las barreras que eran difíciles de eliminar antes del brote. Las audiencias virtuales se convertirán, en un futuro cercano, en la norma. Cuanto antes comencemos a practicar audiencias virtuales, más fácil será mover los procedimientos en línea. Muchos practicantes desean y esperan que el acuerdo durante la pandemia demuestre que somos capaces de trabajar de manera diferente. Es la oportunidad ideal para volver a revisar algunas de nuestras prácticas actuales y optimizar los procedimientos. (Philippe, 2020)

La flexibilidad del arbitraje, que permite adaptar estos cambios, puede introducir diversos problemas. ¿Las audiencias virtuales permitirán preservar la confidencia-

---

2 Por ejemplo, el apéndice IV.f del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente desde el 2017, dispone que en casos de baja complejidad se sugiere a los tribunales arbitrales «utilizar conferencias telefónicas o de vídeo para audiencias de procedimiento u otras audiencias en las que la asistencia en persona no sea esencial y utilizar tecnologías de la información que permita comunicaciones en línea entre las partes, el tribunal arbitral y la Secretaría de la Corte».

lidad del arbitraje y evitar cualquier ataque cibernético? ¿Cómo evitar que terceros ajenos al arbitraje participen en una audiencia? ¿Cómo impedir que los testigos o expertos acudan y se comuniquen con los abogados que los controlan durante sus interrogatorios? ¿Cómo será la interacción entre el tribunal arbitral y las partes en una videoconferencia? Como se cuestionan Jiyoung Hong y Jong Ho Hwang, «¿tenemos las herramientas adecuadas para eliminar los riesgos que surgen con esta nueva tecnología?» (2020). Distintas organizaciones y centros de arbitraje han dictado lineamientos y protocolos para una conducción y organización adecuada del arbitraje a través de una modalidad virtual. Si bien estas reglas abarcan distintas etapas del arbitraje, principalmente le dedican mayor importancia a la conducción y organización de las audiencias.

Estas son las principales disposiciones y recomendaciones de estas reglas.

## 2.1. Protocolo de Seúl

A inicios de 2020, un grupo conformado por distintos practicantes del arbitraje<sup>3</sup> publicó el Protocolo de Seúl. Estas reglas, propuestas por primera vez en 2018, tienen como finalidad principal identificar los beneficios y riesgos del uso de videoconferencia para audiencias arbitrales.

Las reglas principalmente comprenden lineamientos referidos a (i) la organización y exposición de peritos y expertos; (ii) la organización y participación de las partes y el tribunal arbitral; y, (iii) la participación de terceros en la audiencia virtual.

### i. Organización y exposición de peritos y expertos

Un testigo o un perito puede dar su declaración en una audiencia sentado en un escritorio vacío o parado en un atril. El rostro del testigo o experto debe ser claramente visible.<sup>4</sup>

La presencia del testigo o experto en un arbitraje es crucial, pues permite reconstruir los hechos del conflicto (los testigos) y sustentar técnicamente los hechos narrados por las partes que dan pie al planteamiento de soluciones legales (los peritos). Por ello es usual que los testigos y expertos estén expuestos a los interrogatorios cruzados (contrainterrogatorios). En este tipo de interrogatorio se realizan preguntas a los testigos y expertos de la otra parte para restar credibilidad a sus declaraciones, hacerlos caer en contradicciones y que eventualmente rectifiquen lo que ya han declarado. Si se logra desacreditar la declaración del testigo o experto de la otra parte, la teoría del caso de los abogados contrarios inevitablemente se debilitará. Por ello el interrogatorio cruzado «es la oportunidad de la parte contraria para demostrar que la historia no es precisa y no es confiable» (Harbst, 2015, p. 97).

---

<sup>3</sup> Los redactores del Protocolo de Seúl fueron Kevin Kim (Peter & Kim), Yu-Jin Tay (Mayer Brown), Ing Loong Yang (Latham & Watkins LLP), y Seung Min Lee (Shin & Kim).

<sup>4</sup> Protocolo de Seúl, artículo 1.3.

Para un interrogatorio cruzado efectivo es recomendable el careo y la interacción entre los abogados y los testigos y expertos. Sin una audiencia presencial esta interacción en principio se ve reducida. La distancia física entre un abogado y el testigo o experto reduce la tensión y presión sobre la búsqueda de la verdad, que se genera a partir de dicha interacción. Por ello el Protocolo de Seúl dispone que el rostro del testigo o experto debe ser claramente visible. Ello permitirá a los abogados, pero principalmente a los árbitros, observar las reacciones, gestos o tipos de respuestas de los testigos o expertos frente a las preguntas incómodas de los abogados, así como de los árbitros.

Estas reglas también exigen que el testigo o experto declare sentado en un escritorio vacío o parado en un atril, permitiendo además que una parte razonable del lugar desde donde declara sea visible en la pantalla, manteniendo la proximidad suficiente para declarar fluidamente.<sup>5</sup> El objetivo es tener certeza de que el testigo o experto no se comunicará con los abogados que lo controlan, o con un tercero, para obtener ayuda en sus respuestas al interrogatorio cruzado. A diferencia de una audiencia presencial, en la que el tribunal puede ver lo que ocurre a su alrededor, el riesgo de ayudas irregulares puede presentarse en una audiencia virtual. Por ello estas dos vías de declaración testimonial y pericial permitirán a los abogados y a los árbitros aumentar la probabilidad de que los testigos o expertos digan la verdad y no reciban ayuda de los abogados.

Las partes deben realizar sus mejores esfuerzos para que la conexión del testigo o experto sea lo más fluida posible, «con sonidos e imágenes alineados de manera precisa y adecuada para minimizar cualquier demora».<sup>6</sup> Es vital adoptar los actos necesarios para que la dinámica de un interrogatorio (directo, cruzado, re-directo o re-cruzado) sea lo más fluida posible. Deben asegurar que cada lugar desde el que sus participantes se conectarán (lugar físico de abogados, testigos o expertos) cuente con una persona de soporte técnico «para ayudar en la planificación, prueba y realización de la videoconferencia».<sup>7</sup>

Las partes tienen que evitar en lo posible que ocurran dilaciones en el arbitraje. Como indica el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 1071 (Ley Peruana de Arbitraje), «las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje».<sup>8</sup>

Si las partes tienen problemas para conectarse a la audiencia, por ejemplo, desde sus computadoras o *laptops*, es recomendable que cuenten con otro dispositivo electrónico (*tablet*, *smartphone* o cualquier otro) que permita enlazarse sin problemas, en paralelo a que el soporte técnico busque una solución rápida a la conexión desde sus computadoras o *laptops*. Es clave que los abogados se organicen para contar con todas las herramientas adecuadas, de modo que la audiencia virtual no

---

5 Protocolo de Seúl, artículo 1.2.

6 Protocolo de Seúl, artículo 2.1.a.

7 Protocolo de Seúl, artículo 2.1.b.

8 Ley Peruana de Arbitraje, artículo 38 («Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje»).

perda fluidez ni se vea interrumpida por asuntos técnicos. En esa línea, el Protocolo de Seúl sugiere que antes de la audiencia virtual, «las partes informarán a los participantes de cualquier plan de respaldo en caso de fallas técnicas».

Por último, a raíz de que no será posible que los testigos o expertos cuenten con las impresiones físicas de los documentos que les serán citados durante sus interrogatorios (*bearing bundle*), el Protocolo de Seúl sugiere a las partes el uso de una carpeta o repositorio virtual y compartido de documentos, que estaría disponible en todos los equipos electrónicos de las partes. Las partes deberán garantizar que mantendrán la seguridad y confidencialidad de dichos documentos, evitando cualquier interceptación de terceros.<sup>9</sup>

Si las partes optan por un *bearing bundle* electrónico, el Protocolo de Seúl sugiere utilizar una pantalla separada (distinta a la que refleje la cara visible del abogado que interroga) para mostrar los documentos al testigo o experto durante el interrogatorio. Esto permitirá que el testigo, el experto y los miembros del tribunal mantengan la mayor atención posible y tengan a la mano las pruebas relevantes durante el interrogatorio.

## ii. Organización y participación de las partes y el tribunal arbitral

Si las medidas de precaución fracasan y es imposible su ejecución, de acuerdo con el artículo 1.7 del Protocolo de Seúl, «el tribunal podrá terminar la videoconferencia en cualquier momento si el tribunal considera que la videoconferencia es tan insatisfactoria que es injusto que cualquiera de las partes continúe».<sup>10</sup> Esta regla será aplicada con cautela si las medidas de mitigación de la parte afectada no fueron fructíferas; por ejemplo, cuando dicha parte no puede conectarse a la audiencia por ningún dispositivo electrónico y el soporte técnico no otorga una solución oportuna. En estos casos sería razonable que el tribunal termine la audiencia virtual. Pero el tribunal debe asegurarse de que, efectivamente, la parte afectada esté imposibilitada de conectarse a la audiencia. La palabra y opinión del soporte técnico que acompañe a los abogados de la parte afectada será clave para determinar si era imposible una conexión técnica bajo esas circunstancias. De lo contrario, esta regla crearía incentivos perversos a las partes para poder interrumpir la dinámica de la audiencia virtual si es que tienen un mal desempeño, pese a que contaban con otros dispositivos electrónicos para conectarse sin problemas a la audiencia.

El Protocolo de Seúl sugiere que «las velocidades mínimas de transmisión no deben ser inferiores a 256 kilobytes por segundo, 30 fotogramas por segundo y la resolución mínima debe ser de alta definición (HD)».<sup>11</sup> Estos requisitos permitirán que los rostros de los participantes de la audiencia sean visibles y no haya interrupciones en el audio y sonido. Estos requisitos técnicos son fácilmente accesibles en ciudades grandes y medianas, además de que no son de alto costo para la

9 Protocolo de Seúl, artículo 4.3.

10 Protocolo de Seúl, artículo 1.7.

11 Protocolo de Seúl, artículo 5.1.

mayoría de firmas de abogados. Como la cantidad de fotogramas y la resolución mínima dependen en gran parte del ancho de la banda y la conexión a internet, con un adecuado acceso a la red estos requisitos técnicos deberían ser cumplidos. El anexo I del Protocolo de Seúl desarrolla con más detalle los requisitos técnicos de los equipos conectados a la audiencia.

En tercer lugar, el tribunal arbitral debe asegurar con anticipación que los equipos que se conectarán a la audiencia virtual no tendrán problemas técnicos. Para ello, el tribunal arbitral realizará distintas pruebas con las partes para familiarizar a los participantes de la audiencia con las herramientas tecnológicas de la audiencia virtual. El Protocolo de Seúl sugiere a los tribunales arbitrales que «las pruebas de todos los equipos de videoconferencia se llevarán a cabo al menos dos veces: una vez antes del comienzo de la audiencia virtual, y una vez inmediatamente antes de la videoconferencia correspondiente».<sup>12</sup> Por lo menos, estas dos pruebas adoptadas con anticipación permitirán a las partes y a los árbitros prever cualquier interrupción técnica.

### iii. Participación de terceros en la audiencia virtual

Todos los participantes de una audiencia garantizarán la confidencialidad del arbitraje e impedirán que un tercero ajeno esté presente en la audiencia virtual. Por ello, según el artículo 3.1 del Protocolo de Seúl, «las únicas personas presentes en el lugar remoto serán el testigo (con su abogado, si corresponde), intérpretes, asistentes legales para ayudar con los documentos del caso y representantes del equipo legal de cada parte».<sup>13</sup>

Las partes proporcionarán las identidades de cada tercero que participará en la audiencia y el tribunal arbitral tomará las medidas adecuadas para verificar la identidad de cada tercero y controlar el acceso de cada participante.<sup>14</sup> Estas medidas podrían comprender, por ejemplo, crear una sala de espera de participantes que serán aceptados por los miembros del tribunal, basada en la lista de participantes otorgada por cada parte. Otra medida que se podría adoptar sería mantener encendidas las cámaras durante toda la audiencia, para evitar la participación de algún acompañante no autorizado del tercero en la audiencia. El tribunal deberá impedir que un tercero que no figure en la lista acceda a la conexión de la audiencia virtual, a menos que las partes autoricen su ingreso.

Estas reglas permitirán conservar la confidencialidad de las actuaciones arbitrales<sup>15</sup> y, en particular, de la audiencia virtual ante la participación de terceros ajenos al arbitraje.

---

12 Protocolo de Seúl, artículo 6.1.

13 Protocolo de Seúl, artículo 3.1.

14 Protocolo de Seúl, artículo 3.1.

15 Ley Peruana de Arbitraje, artículo 51.1 («Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad»).



## 2.2. Guía Práctica de la CCI

El 9 de abril de 2020, la CCI emitió una Guía Práctica sobre las posibles medidas para mitigar los efectos del COVID-19.<sup>16</sup> A diferencia del Protocolo de Seúl, que únicamente está enfocado en la organización y conducción de audiencias virtuales, la Guía Práctica de la CCI comprende medidas referidas a la solicitud de arbitraje, medidas para acelerar los arbitrajes, audiencias, notificación electrónica de laudos y decisiones del tribunal, entre otras.

### i. Medidas para mitigar demoras debidas al COVID-19

El artículo 22.1 del reglamento de arbitraje de la CCI<sup>17</sup> dispone que los tribunales arbitrales adoptarán medidas para que el actual contexto no haga incurrir en retrasos innecesarios o que puedan reducirse.

Conforme al artículo 24.3 del reglamento de arbitraje de la CCI,<sup>18</sup> la Guía Práctica de la CCI sugiere que los tribunales arbitrales adopten las siguientes medidas:<sup>19</sup>

- Disponer la bifurcación del arbitraje, si es que es posible decidir cuestiones prontamente y de forma separada. Por ejemplo, imaginemos que se discute el incumplimiento de un contrato y los daños causados por dicho incumplimiento. Si el tribunal cuenta con suficiente información para decidir si existió o no incumplimiento contractual, estas reglas sugieren al tribunal ordenar la bifurcación del arbitraje y emitir (1) en primer lugar, un laudo para decidir el incumplimiento del contrato; y, (2) en segundo lugar, en caso se confirme que hubo incumplimiento, se pase a litigar sobre los daños de la parte afectada. La bifurcación permitirá acelerar el arbitraje en la medida de lo posible, y no afectar su desarrollo normal a raíz de imprevistos como el COVID-19, reducir los costos del arbitraje (no se incurrirá innecesariamente en costos para discutir una controversia que posiblemente no sea analizada por el tribunal arbitral, dada la bifurcación) y organizar de modo eficiente las actuaciones del arbitraje (acotando las controversias en función de las bifurcadas en el arbitraje).
- Identificar si todo o parte de una disputa puede ser decidida únicamente sobre la base de documentos, sin necesidad de una audiencia, de conformidad con el artículo 25.6 del reglamento de arbitraje de la CCI.<sup>20</sup>

---

16 Link en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>

17 Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 22.1 («El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia»).

18 Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 24.3 («Con el fin de asegurar de forma permanente la eficaz conducción del procedimiento, el tribunal arbitral podrá adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, después de consultar a las partes mediante una nueva conferencia sobre la conducción del procedimiento o de cualquier otra forma»).

19 Guía Práctica de la CCI, párrafo 8.

20 Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 25.6 («El tribunal arbitral podrá decidir la controversia tan solo sobre la base de los documentos aportados por las partes, salvo si alguna de ellas solicita una audiencia»).

- Organizar conferencias procedimentales (*mid-stream procedural conferences*) para evaluar con las partes la posibilidad de centrarse en los medios más eficientes para decidir la controversia del caso (audiencia virtual, ausencia de exhibición de documentos, entre otros).
- Evaluar si una parte de la controversia puede ser decidida sin la necesidad de una etapa de producción de documentos.
- Identificar partes de la controversia que pueden decidirse sin declaraciones testimoniales o periciales o, incluso, sobre la base de preguntas escritas de los abogados y respuestas escritas del testigo o experto.
- Evaluar si las inspecciones oculares pueden ser reemplazadas por presentaciones en video o informes conjuntos de expertos.
- Solicitar a las partes establecer una cronología acordada de hechos, puntos controvertidos u otros asuntos similares producidos conjuntamente que ayuden a definir y reducir los puntos en controversia del caso.
- Consultar a las partes si podrían optar por las disposiciones del procedimiento abreviado.<sup>21</sup>

En atención a la organización de los arbitrajes por parte de la Secretaría, la Guía Práctica de la CCI adopta las siguientes medidas:

- Autoriza la presentación de las solicitudes de arbitraje y otros documentos iniciales (previos a la constitución del tribunal arbitral) vía electrónica.
- Dispone la firma electrónica de los términos de referencia (también llamada acta de constitución o instalación), de los laudos arbitrales y de cualquier otra decisión del tribunal. La Guía sugiere que los términos de referencia podrán ser firmados por cada árbitro en ejemplares separados, los cuales podrán ser escaneados y mandados a la Secretaría de la CCI para su envío a las partes del arbitraje.<sup>22</sup>
- Presentación electrónica de los escritos del arbitraje. Si bien este mecanismo se usa con alta frecuencia en los arbitrajes internacionales, y cada vez más en los arbitrajes locales, existe aún en la actualidad cierta reserva a este mecanismo en estos últimos (con cierto énfasis en los arbitrajes con entidades del Estado peruano). En realidad, el mecanismo electrónico brinda mayor seguridad en comparación con la presentación física de los escritos a través de una mesa de partes tradicional.

A raíz de las políticas de los Estados referidas al «aislamiento social obligatorio», estas medidas de la CCI permitirán que las actuaciones del arbitraje previas y posteriores a la audiencia no se vean afectadas e incurran en suspensiones ineficientes. El uso de la tecnología permitirá que el avance de las actuaciones arbitrales no se vea afectado y sea lo más eficiente posible, de conformidad con el artículo 22.1 del reglamento de arbitraje de la CCI.<sup>23</sup>

---

21 Apéndice VI del reglamento de arbitraje de la CCI.

22 Nota de la CCI sobre conducción del arbitraje del 1 de enero de 2019, párrafo 161, p. 22.

23 Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 22.1 («El tribunal arbitral y las partes deberán hacer

ii. Guía para la organización de las audiencias

La Guía Práctica de la CCI sugiere que pueden darse tres escenarios: (1) postergar la audiencia hasta que sea posible que se lleve a cabo físicamente; (2) realizar la audiencia física con las precauciones correspondientes; o, (3) proceder con una audiencia virtual. Para decidir cuál, el tribunal evaluará distintas circunstancias, «incluidas las que son consecuencia de la pandemia de COVID-19, la naturaleza y la duración de la audiencia, la complejidad del caso y el número de participantes, si hay razones particulares para proceder sin demora, si la reprogramación de la audiencia implicaría demoras injustificadas o excesivas y, según el caso, la necesidad de las partes de oportunamente prepararse para la audiencia».<sup>24</sup>

Por ejemplo, si el calendario procesal programa distintas audiencias separadas en el tiempo, sería poco recomendable que la audiencia de cierre requiera una postergación a raíz del COVID-19, en tanto no es una audiencia que requiera una presencia física. O, por ejemplo, si la audiencia implica llevar a cabo una inspección ocular al sitio donde se suscitó la controversia, posiblemente no sea conveniente realizar una audiencia virtual, dependiendo del caso concreto, y en su reemplazo hacer una presentación en video de dicho sitio, sea grabado o en tiempo real (por ejemplo, a través de drones si el presupuesto lo permite), en la medida de lo posible. Este análisis debe aterrizar a cada caso particular y determinar si es posible que la tecnología brinde sustitutos adecuados a las audiencias físicas.

Es posible que se den tres escenarios:

- Si se acuerda que es indispensable una audiencia física, pero es imposible en las condiciones dadas, «los tribunales y las partes deben hacer todo lo posible para reprogramar la audiencia o conferencia de una manera que minimice la demora».<sup>25</sup>

El tribunal y las partes evaluarán las opciones disponibles para avanzar y discutir una parte de la controversia virtualmente y que no implique la necesidad de una audiencia física. Esto podría referirse, por ejemplo, a asuntos de jurisdicción o de fondo pero que no requieran una audiencia física.<sup>26</sup>

Este escenario parte de la premisa de que es imposible que se lleve a cabo una audiencia física. Por ejemplo, si un Estado mantiene una situación de «aislamiento social obligatorio», es ilegal, imposible y/o arriesgado llevar a cabo una audiencia presencial.

- Si se acuerda que es indispensable una audiencia presencial, y es posible en las condiciones dadas, «el tribunal y las partes deben consultar para discutir y aplicar las normas específicas y la orientación consultiva en la ubicación física

---

todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia»).

24 Guía Práctica de la CCI, párrafo 18.

25 Guía Práctica de la CCI, párrafo 19.

26 Guía Práctica de la CCI, párrafo 19.

de la audiencia y las medidas sanitarias apropiadas para garantizar la seguridad de todos los participantes, en particular permitiendo suficiente distancia entre los participantes, poniendo a disposición máscaras y gel desinfectante, y cualquier otra medida apropiada».<sup>27</sup>

Se parte de la premisa de que, por ejemplo, un Estado ha levantado la situación de inamovilidad, pero obliga a tomar medidas para respetar el «aislamiento social» entre las personas. En ese contexto, no es imposible llevar a cabo una audiencia física, pero se deben respetar las normas y recomendaciones sanitarias.

En este caso, la Secretaría de la CCI deberá prestar apoyo logístico para que la audiencia presencial se lleve a cabo respetando las medidas sanitarias apropiadas. Los costos incurridos derivados de esta logística serán asumidos por igual por ambas partes, a menos que el convenio arbitral o el tribunal indiquen lo contrario. En este último caso, los costos condenados no solo comprenderían los costos de defensa legal, sino además aquellos incurridos para realizar una audiencia física respetando las normas y recomendaciones sanitarias.

- Si se acuerda que se debe proceder con una audiencia virtual, «las partes y el tribunal deben tener en cuenta, discutir abiertamente y planificar las características especiales del procedimiento de esa manera».<sup>28</sup>

El tribunal organizará y conducirá la audiencia virtual respetando el derecho de defensa de las partes y a que presenten sus casos.<sup>29</sup> Para ello, el tribunal podrá recibir el apoyo necesario de la CCI y recibir «soporte técnico y asistencia a los tribunales que buscan comprender mejor las opciones de audiencias virtuales y las instalaciones de carpetas electrónicas y cómo operar esas instalaciones de una manera que preserve mejor la integridad del proceso arbitral, preserve la confidencialidad y garantice la protección adecuada de los datos personales».<sup>30</sup>

En este contexto, para facilitar y organizar una audiencia virtual justa, el tribunal tomará en cuenta distintas circunstancias como:

- Diferentes zonas horarias para fijar las fechas de la audiencia, las horas de inicio y de finalización, los descansos y la duración de cada día de la audiencia;
- Logística de la ubicación de los participantes incluido, entre otros, el número total de participantes, el número de ubicaciones remotas, el grado en que los participantes pueden estar en el mismo lugar físico, el grado en que los miembros del tribunal pueden estar en el mismo lugar físico, disponibilidad y control de las salas de descanso;

---

27 Guía Práctica de la CCI, párrafo 20.

28 Guía Práctica de la CCI, párrafo 21.

29 Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 22.4 («En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso»).

30 Guía Práctica de la CCI, párrafo 30.

- Uso de transcripción en tiempo real u otra forma de grabación;
- Uso de intérpretes, sea simultáneos o consecutivos;
- Procedimiento para identificar a todos los participantes, incluido cualquier administrador técnico;
- Procedimiento para la declaración testimonial y pericial y asegurar que se preserve la integridad y efectividad de cualquier declaración;
- Uso de presentaciones, incluso a través de vistas de pantallas compartidas;
- Uso de *hearing bundle* electrónico almacenado en una plataforma de documentos compartidos que garantice el acceso de todos los participantes de la audiencia virtual.

Si bien los programas de videoconferencia dependen del acuerdo de las partes y el tribunal, la CCI tiene acceso con licencia a Microsoft Teams, Vidyocloud y Skype Empresarial. Como indica la Guía Práctica de la CCI, «el soporte técnico de la CCI está disponible de forma remota para ayudar a los tribunales a usar dichas plataformas, unirse a una reunión (o audiencia), operar las funciones de audio y video dentro de la reunión, y operar las funciones de compartir pantalla».<sup>31</sup>

No obstante, las partes tienen plena libertad para optar por cualquier otro programa de videoconferencia como Zoom, BlueJeans y GoToMeeting, que han sido usados en procedimientos arbitrales ante la CCI.<sup>32</sup> Las partes deberán cuidar que se garantice la confidencialidad de la audiencia virtual y que se mitigue cualquier riesgo de interceptación.

### **2.3. Nota Práctica de la Corte de Arbitraje de Madrid**

El 21 de abril de 2020, la Corte de Arbitraje de Madrid emitió la Nota Práctica sobre organización de audiencias virtuales, que tomó como referencia el Protocolo de Seúl y la Guía Práctica de la CCI.

La Nota Práctica recomienda que la celebración de audiencias virtuales debe ser consultada por los árbitros, en principio,<sup>33</sup> para la negociación de la primera orden procesal; la negociación para fijar las condiciones de la audiencia y en cualquier otra ocasión que el tribunal arbitral estime oportuna. Para decidir acerca de la conveniencia de una audiencia virtual, la Corte de Arbitraje de Madrid recomienda tomar en cuenta:<sup>34</sup>

- El impacto y las demoras que se puedan causar si se espera hasta una audiencia física;
- El objeto de la audiencia y su impacto en temas específicos (por ejemplo, en una inspección ocular);

---

<sup>31</sup> *Loc. cit.*

<sup>32</sup> Guía Práctica de la CCI, párrafo 32.

<sup>33</sup> Nota Práctica de la Corte de Arbitraje de Madrid, párrafo 9.

<sup>34</sup> Nota Práctica de la Corte de Arbitraje de Madrid, párrafo 10.

- Las garantías para participar en una audiencia virtual, garantizar la privacidad de la información intercambiada e impedir que terceros accedan a dicha información;
- La duración de la audiencia;
- El número de participantes, su disponibilidad para viajar, sus ubicaciones geográficas;
- Las posibilidades de dividir las audiencias en presenciales y virtuales;
- El impacto de llevar a cabo una audiencia virtual en la validez y ejecutabilidad del laudo.

La Nota Práctica contiene dos disposiciones referidas a los recursos que dispone el tribunal para impedir el acceso de terceros a la audiencia virtual, así como a garantizar un interrogatorio adecuado de testigos y expertos. Sugiere a los árbitros adoptar medidas para impedir el acceso de terceros como, por ejemplo, (1) emplear la función de «sala de espera» o equivalentes para controlar el acceso; (2) exigir la identificación de los participantes con sus nombres y apellidos; (3) contar con la posibilidad permanente de ver las caras a todos los participantes; y, (4) el uso de la función «galería» o equivalentes.<sup>35</sup>

También aborda el problema del interrogatorio a testigos y expertos. El principal riesgo es que el testigo o perito declare con ayuda de los abogados que lo asesoren en la respuesta. Ante ello, de acuerdo con la Nota Práctica, existen principalmente tres opciones:<sup>36</sup>

- La opción recomendada por la Corte de Arbitraje de Madrid, y que la propia Corte estima como la más garantista, es que en el lugar que declara el testigo o experto lo acompañe un abogado de la parte contraria a la que presenta al testigo o experto.

Esta modalidad permite mitigar conductas oportunistas del testigo o experto con los abogados que lo presentaron al arbitraje. No obstante, en la actualidad, y hasta un mediano futuro, este escenario resultaría poco probable que se dé, dado el «aislamiento social obligatorio» dictado por varios países. Incluso, si no existe ningún impedimento legal, es perfectamente posible (y hasta saludable) que el perito o experto se niegue a estar junto a otra persona en un mismo lugar (en este caso, un abogado de la otra parte).

Por ello, estimamos que si bien esta modalidad es la más garantista, dadas las circunstancias actuales, no es la más eficaz en momentos de crisis serias.

- La segunda opción es que el lugar desde donde declare el testigo o experto cuente con dos cámaras, una que enfoque directamente al testigo en plano corto y otra que ofrezca una visión general del lugar desde donde declare. Esta opción permitirá comprobar que no accederán personas no autorizadas por el tribunal arbitral a dicho lugar y que aquellas personas autorizadas no ayuden al testigo o al perito. En la circunstancia de una pandemia grave, esta opción resulta la más eficiente y

---

<sup>35</sup> Nota Práctica de la Corte de Arbitraje de Madrid, párrafo 26.

<sup>36</sup> Nota Práctica de la Corte de Arbitraje de Madrid, párrafo 31.

permite tener mayor certeza de que el testigo o experto no reciba apoyo o ayuda de los abogados que lo presentaron para brindar su declaración. No obstante, estas cámaras de video de 360 grados no son comunes o de uso frecuente. Por ello, a menos que existan restricciones de comercio, es recomendable exigir este tipo de cámaras de video para asegurar el cumplimiento de esta opción. En principio, esta alternativa no resulta muy onerosa y permite evitar el riesgo a la salud al no juntar a dos personas en un mismo lugar.

- La tercera opción es que se solicite al testigo o experto que se coloque a una distancia tal de la cámara que permita al tribunal arbitral tener una visión más amplia de la sala.

En comparación con la segunda opción, esta no es recomendable, porque se reduce el grado de certeza de que el testigo o experto no esté acompañado de uno de los abogados que lo presentaron. Si bien la cámara estará más alejada y se puede permitir tener una mayor observación del lugar con una cámara de ángulo amplio, no se garantiza que todo el lugar desde donde declarará el testigo o experto esté libre, a diferencia de una cámara de video de 360 grados. Además, se pierde contacto visual y la interacción que necesita un interrogatorio cruzado eficiente y dinámico. A mayor distancia entre la cámara y el testigo o experto, el tribunal arbitral no podrá visualizar con claridad sus gestos y actuaciones. Podrán presentarse problemas de sonido, a raíz de que el testigo o experto se ubicará lejos de la computadora o *laptop* desde la que declare, lo que también restará dinámica y fluidez al interrogatorio.

Para que cualquiera de los anteriores mecanismos funcione correctamente, la Corte de Arbitraje de Madrid recomienda que el testigo o experto:<sup>37</sup>

- Declare desde una sala específicamente dispuesta para la ocasión, únicamente con los dispositivos tecnológicos y la documentación y materiales necesarios para participar en la audiencia (que serán compartidas vía electrónica). Este lugar puede ser cualquiera que tenga estos materiales necesarios para la audiencia.
- Acredite razonablemente que ha desconectado su teléfono móvil al iniciar su declaración y no lo conecte en el transcurso de esta.
- Acredite razonablemente que no se comunicará con personas distintas a quienes lo interrogarán durante su declaración, sin autorización de los árbitros.
- Firme una declaración indicando que ha cumplido las condiciones señaladas en los puntos anteriores.

Estas condiciones resultan esenciales para que cualquiera de los mecanismos de interrogatorio anteriores funcione, y en particular respecto a la segunda opción, que proponemos como la óptima. Por supuesto, pese a que existan dos cámaras en el lugar desde donde se da la declaración, si el testigo o experto se comunica con los abogados de la parte beneficiaria de su declaración, la dinámica del interrogatorio perderá sentido. Por ello, resulta razonable que el testigo o experto acredite que ha

---

<sup>37</sup> Nota Práctica de la Corte de Arbitraje de Madrid, párrafo 32.



desconectado sus teléfonos móviles cuando dé su declaración. Solo la declaración jurada por escrito resulta innecesaria si la audiencia es grabada y el testigo o experto expresa verbalmente haber cumplido tales exigencias.

#### **2.4. Lineamientos emitidos por centros de arbitraje del Perú**

Distintos centros de arbitraje peruanos han emitido notas y guías prácticas para adaptar su organización y conducción de los arbitrajes de forma virtual. A continuación describiremos las medidas emitidas por la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú (AMCHAM).

i. Nota Práctica para la implementación de medios virtuales de la Cámara de Comercio de Lima

La CCL ha emitido lineamientos que deberán ser aplicados por los tribunales arbitrales, a menos que «luego de escuchar a las partes, determinen su inviabilidad o ineficacia con arreglo a fundamentos legales o fácticos».<sup>38</sup> Las partes deberán persuadir al tribunal de que los lineamientos correspondientes no deben ser aplicados, atendiendo al contexto particular. Si las partes no se oponen, el tribunal aplicará estos lineamientos:

- Presentación de las solicitudes de arbitraje exclusivamente a través de la plataforma virtual de mesa de partes de la CCL.
- Notificar todas las actuaciones del arbitraje, previas a la constitución del tribunal, únicamente a las direcciones electrónicas de los representantes de las partes.
- Notificar la designación a la persona designada como árbitro únicamente a través de correo electrónico. Su aceptación o declinación también deberá ser enviada únicamente al correo electrónico de la Secretaría Arbitral de la CCL.
- El pago de los aranceles por la presentación de la solicitud de arbitraje deberá realizarse por la plataforma virtual de mesa de partes de la CCL.
- La presentación de todos los escritos de las partes, tras la constitución del tribunal, deberá efectuarse a través de correo electrónico o de la plataforma virtual de mesa de partes de la CCL. Si los archivos exceden los límites permitidos (en el caso de la mesa de partes, un máximo de 50MB por archivo), las partes podrán transferir sus archivos a través de plataformas digitales, tales como Dropbox, Google Drive o WeTransfer, en cuyos casos deberán enviar los enlaces correspondientes a través del correo electrónico.
- Las decisiones del tribunal, así como cualquier notificación de la CCL, serán enviadas y notificadas exclusivamente a través de correo electrónico.
- Hasta que no existan restricciones debido al COVID-19 y el Consejo lo decida, las audiencias, conferencias y reuniones entre las partes y el tribunal arbitral

---

<sup>38</sup> Nota Práctica 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la Cámara de Comercio de Lima, p. 1.



serán virtuales, usando la plataforma que estimen conveniente, previa coordinación con la Secretaría Arbitral.

Previo a la audiencia, el tribunal emitirá los protocolos para su organización. La Secretaría enviará un correo electrónico a las partes y el tribunal arbitral con el *link* de la audiencia, las instrucciones para su acceso y la forma en la que las partes deben acreditar la identidad y la calidad en la que intervendrán en la audiencia.

- La notificación de los laudos y decisiones integrantes serán notificados a través de correo electrónico, que llevarán la firma digitalizada de los árbitros, salvo que las circunstancias lo justifiquen y se disponga la notificación física.

ii. Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM

AMCHAM publicó una guía de arbitrajes virtuales para que sea aplicada por los tribunales bajo su administración, disponiendo la modificación y adaptación de distintos artículos de su reglamento de arbitraje. A diferencia del protocolo emitido por la CCL, en este caso las reglas son sugerencias para los tribunales y estos no estarán obligados a emitir una decisión motivada y justificada para apartarse de la aplicación de los lineamientos de arbitrajes virtuales.

Las medidas adoptadas por AMCHAM son:

- Las notificaciones y comunicaciones del arbitraje podrán ser realizadas por correo electrónico o por cualquier otro medio tecnológico que permita acreditar su envío.<sup>39</sup> Si el arbitraje es conducido a través de medios físicos, las partes deberán informar a la Secretaría sus correos electrónicos para continuar el arbitraje a través de las notificaciones electrónicas. A raíz de los beneficios y ventajas de esta modalidad, continuará con la modalidad virtual cuando concluya el estado de emergencia decretado en el Perú, para lo cual digitalizará toda la documentación de las actuaciones de los arbitrajes a su cargo.
- Las solicitudes de arbitraje podrán ser presentadas a la Secretaría a través de correo electrónico.<sup>40</sup>
- Solicitar a los tribunales (en caso estén constituidos) adaptar las reglas del arbitraje a los medios virtuales, con la finalidad de conducir con celeridad el arbitraje.<sup>41</sup> En los arbitrajes en los que el Estado peruano sea parte, la Secretaría y los tribunales «podrán tener en cuenta la naturaleza y condiciones particulares de cada entidad para adaptarse a los requerimientos tecnológicos, según las circunstancias de cada caso».<sup>42</sup>
- Las partes y el tribunal podrán llevar a cabo audiencias virtuales. Para facilitar su acceso, la Secretaría cuenta con licencia para las plataformas Cisco, Webex, Microsoft Teams, BlueJeans y Zoom.<sup>43</sup>

39 Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú, artículo 1.1.

40 Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú, artículo 2.6.

41 Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú, artículo 4.17.

42 Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú, artículo 4.22.

43 Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú, artículo 5.28.

- Los laudos podrán ser enviados y notificados a través de correo electrónico y con firmas digitales.<sup>44</sup> Si las reglas del arbitraje no lo permiten, la Corte de Arbitraje de AMCHAM solicita a los tribunales arbitrales adoptar estos lineamientos para la modalidad virtual.

### 3. Problemas adicionales

#### 3.1. ¿Qué pasa si una parte se niega a llevar a cabo una audiencia virtual?

Si una parte se niega a tener una audiencia virtual, se deben analizar dos factores. En primer lugar, si la parte que rechaza la propuesta cuenta con dificultades técnicas que la imposibilitan para conectarse a una audiencia virtual. En segundo lugar, el tribunal deberá analizar si la audiencia virtual coloca a la parte que rechaza la propuesta en desventaja y no le permitirá presentar su caso adecuadamente.

Nos detendremos brevemente en el segundo factor. De acuerdo con la Ley Peruana de Arbitraje, el tribunal deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos.<sup>45</sup> La Ley Peruana de Arbitraje disuade a los tribunales de no respetar dicha regla, a raíz de que el incumplimiento de tal disposición es una causal de anulación para el laudo arbitral, de acuerdo con el artículo 63.1.b de la Ley Peruana de Arbitraje.<sup>46</sup>

Si una parte rechaza la posibilidad de llevar a cabo una audiencia virtual, el tribunal diferenciará si el pedido de esa parte obedece a una falta de comodidad (o a un intento de dilación del arbitraje) o a un real perjuicio que la coloque en desventaja frente a la otra parte en cuanto a su derecho de defensa. Si obedece a lo segundo, el tribunal contará con una base suficiente para no realizar una audiencia virtual. Esto se puede presentar ante la necesidad de una inspección ocular, donde el tribunal tiene que analizar si realmente es indispensable acudir presencialmente a dicho sitio para resolver la controversia. La parte que rechaza la propuesta de audiencia virtual, y que reclama el incumplimiento contractual, por ejemplo, deberá acreditar que la inspección ocular es clave para probar su teoría del caso y, si se opta por una audiencia virtual, el tribunal no podrá analizar distintos factores que influirán en su decisión sobre la controversia, colocando en ventaja a la otra parte.

La Guía Práctica de la CCI sugiere a los tribunales evaluar si las inspecciones oculares pueden ser reemplazadas por presentaciones en video o informes conjuntos de expertos.<sup>47</sup> No obstante, en algunos escenarios estos sustitutos no serán los más adecuados, sea por la imposibilidad de filmar el sitio que fue objeto de controversia (a raíz del «aislamiento social obligatorio») o por la poca aportación de evidencia de

---

<sup>44</sup> Guía de Arbitrajes Virtuales de la Cámara de Comercio Americana AMCHAM-Perú, artículo 6.33.

<sup>45</sup> Ley Peruana de Arbitraje, artículo 34.2.

<sup>46</sup> Ley Peruana de Arbitraje, artículo 63.1.b («El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos»).

<sup>47</sup> Guía Práctica de la CCI, párrafo 8.

un informe conjunto de expertos que no permitirá demostrar las cualidades físicas del sitio. Para ello, es recomendable que el tribunal atienda a las posiciones de las partes y solicite un intercambio de posiciones sobre la conveniencia o no de optar por una audiencia virtual. Tras ello el tribunal estará en capacidad de decidir dicha disputa.

### **3.2. ¿Es conveniente un careo de testigos o expertos en una audiencia virtual?**

Sí es conveniente un careo de testigos o expertos en una audiencia virtual, sujeto a condiciones técnicas fluidas y que garanticen una falta de interrupción debido a problemas de conexión.

El careo es un tipo de interrogatorio en el que se da una declaración conjunta entre testigos o expertos. Si bien el diseño del careo puede variar, el diseño común es que el tribunal o los abogados propongan un asunto o realicen una serie de preguntas que deben ser respondidas por los testigos o expertos conjuntamente. Durante las intervenciones, el testigo o experto cuenta con la posibilidad de intervenir y corregir algún extremo de la declaración del otro testigo o experto que está sentado a su lado, lo cual puede motivar una discusión directa entre los testigos o expertos. La confrontación directa y simultánea de las declaraciones es la principal característica del careo de testigos o expertos, lo cual brindará al tribunal arbitral mayores luces de qué testigo o experto dice la verdad.

El diálogo entre los testigos o expertos permitirá al tribunal acotar la discusión del arbitraje, a raíz de que será más fácil determinar los puntos controvertidos del caso. Esto no ocurre con frecuencia en el interrogatorio cruzado, pues en ese caso existe menor capacidad de refutar directamente las declaraciones incorrectas entre los testigos o expertos. Como se indica, «la confrontación de un testigo con otros testigos es indirecta en un interrogatorio convencional. En careos de testigos, la confrontación es directa» (Harbst, 2015, p. 97). Incluso, tras un interrogatorio cruzado, las refutaciones a las declaraciones de los testigos o expertos suelen darse en la audiencia de alegatos finales (días o a veces semanas después de las declaraciones) o, incluso, en los escritos de conclusiones, lo cual reduce significativamente la capacidad de respuesta de las partes o de los testigos o expertos. Por ello, el careo de testigos o expertos permite «exponer evasiones, simplificaciones excesivas e inexactitudes» (Born, 2014, p. 2293).

La clave de un careo eficaz es la comunicación directa, simultánea y sin interrupciones entre los testigos o expertos confrontados. Sin una audiencia presencial, esta interacción en principio se ve reducida. La distancia física entre los testigos o expertos confrontados reduce dicha interacción. No obstante, esta ausencia de distancia física puede compensarse con un sistema de conexión que no sufra problemas técnicos.

Si durante el careo uno de los testigos o expertos pierde la señal, posiblemente estos problemas reduzcan la interacción y la fluidez que debe existir entre los testigos o expertos confrontados, lo que a su vez producirá que no puedan exponer evasiones, simplificaciones excesivas o inexactitudes en las declaraciones de los testigos o expertos confrontados.

Para proteger los beneficios del careo de testigos o expertos será crucial que el careo se lleve a cabo sujeto a condiciones técnicas fluidas y que garanticen una falta de interrupción debido a problemas de conexión. La organización y conducción del tribunal, a través de una plataforma de videoconferencia adecuada y planificación de la audiencia virtual, será clave para prevenir estos escenarios riesgosos.

### **3.3. ¿Es una causal de objeción válida a la exhibición de documentos las medidas de «aislamiento obligatorio» dictadas por los Estados?**

Sí es una causal de objeción válida la exhibición de documentos por las medidas de «aislamiento obligatorio». Para ello, (1) la parte afectada y su material probatorio se deben ubicar en un lugar en el que existan restricciones a la movilización y medidas de «aislamiento social obligatorio»; y, (2) las pruebas requeridas para su producción no deben estar digitalizadas. No obstante, es posible adoptar otro tipo de medidas del tribunal arbitral que el solo rechazo a la producción de esos documentos.

De acuerdo con el artículo 9.2.c de las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, a pedido de parte o de oficio, el tribunal podrá rechazar la exhibición de cualquier documento en caso de «existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral». Esta causal, como indica Marghitola, es planteada usualmente cuando existe «una orden de una autoridad pública que prohíbe la producción [...] Otros ejemplos incluyen leyes de privacidad de datos que prohíben la divulgación de datos personales» (Marghitola, 2015, p. 90).

En caso la parte afectada y su material probatorio se ubiquen en un lugar con restricciones a la movilización y las pruebas no estén digitalizadas, la parte interesada contará con el derecho de oponerse a la producción de los documentos que no están digitalizados. La razón es simple: si la parte se ubica en un lugar con medidas de aislamiento, y los documentos solo cuentan con una copia física en sus oficinas o almacenes de custodia de documentos, existirá un impedimento legal que impedirá a la parte acudir a sus oficinas o recibir de sus almacenes los documentos para digitalizarlos y exhibirlos.

Por el contrario, si los documentos están disponibles, pero solo existen medidas de distanciamiento y protección sanitaria, no existirá ningún impedimento para digitalizar los documentos y disponer su producción en el arbitraje. Ante ello, el tribunal cuenta con tres opciones: (1) aceptar la causal de objeción y no ordenar la exhibición de los documentos correspondientes en el arbitraje; (2) aceptar la causal de objeción, pero ordenar la exhibición una vez que se levante el impedimento legal en el lugar involucrado; o, (3) aceptar la causal de objeción y suspender la etapa de exhibición de documentos, hasta que se levante el impedimento legal en el lugar involucrado.

Esta decisión debe ser consultada por el tribunal a la parte interesada. Si dicha parte acepta la primera opción, no existirá mayor discusión. No obstante, la discusión surgirá si se opta por escoger la segunda o tercera opción. Ambas opciones

tienen sus inconvenientes. Si se decide por la segunda, significaría una menor organización del arbitraje, debiendo otorgarse a cada parte un plazo para pronunciarse respecto al documento exhibido, cuando dicha fase del arbitraje ya haya transcurrido. Si se considera la tercera opción, significaría incurrir en tiempos muertos y paralizar todo el arbitraje por unos documentos específicos que no han sido producidos.

Creemos que la opción más adecuada es que el tribunal acepte la causal de objeción, pero ordene su exhibición una vez que se levante el impedimento en el lugar involucrado. El tribunal deberá otorgar a cada parte una oportunidad suficiente para que se pronuncien respecto al documento exhibido, realizando sus máximos esfuerzos para que la conducción y organización del arbitraje no se vean afectadas.

#### 4. Conclusiones

Hemos analizado los principales lineamientos y protocolos emitidos por la comunidad arbitral, nacional e internacional, acerca de la conducción y organización de los arbitrajes a través de medios virtuales. Estos protocolos permitirán evitar dilaciones del arbitraje por el impacto del COVID-19, así como reducir las contingencias por desarrollar virtualmente una audiencia arbitral.

La tecnología es la aliada del arbitraje. Debemos aprender a convivir con la tecnología en la continuación de un proceso. Estos protocolos tienen por finalidad adaptar esta convivencia en los arbitrajes.

#### Referencias

Benton, Gary L (2020). How will the coronavirus impact international arbitration? Kluwer Arbitration Blog.

Born, Gary (2014). *International commercial arbitration*. (Segunda edición). Kluwer Law International.

Harbst, Ragnar (2015). *A counsel's guide to examining and preparing witnesses in international arbitration*. Kluwer Law International.

Hong, Jiyoung, & Hwang, Jong Ho (2020). Safeguarding the future of arbitration: Seoul Protocol tackles the risks of videoconferencing. Kluwer Arbitration Blog.

Levy, Laurent, & Reed, Lucy (2007). Managing fact evidence in international arbitration. En Van den Barg, Albert. *International arbitration 2006: back to basics?* ICCA Congress Series, volume 13. Kluwer Law International.

Marghitola, Reto (2015). *Document production in international arbitration*. International Arbitration Law. Kluwer Law International.

Noah Harari, Yuval (2020). The world after coronavirus. *Financial Times*.

Philippe, Mireze (2020). Offline or online? Virtual Hearings or ODR? Kluwer Arbitration Blog.



**Hacia una práctica de *Arbitration Tech*:  
aproximación a la ciberseguridad en el arbitraje  
internacional y nacional**

*Héctor Campos García*  
Pontificia Universidad Católica del Perú





## 1. A modo de introducción

Es junio de 2020 y, desde que empezó el estado de emergencia en el Perú, he tenido la oportunidad de participar, como abogado de parte, en dos audiencias llevadas a cabo de manera remota en dos arbitrajes: uno administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y otro por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM). Fueron audiencias que, cabalmente administradas, permitieron a ambas exponer sus posiciones, así como absolver las consultas del tribunal. Si bien siempre hay aspectos por mejorar y esta práctica ya es un dato común en el arbitraje internacional, se puede afirmar la potencialidad de desarrollo del arbitraje virtual en el foro doméstico.

El desarrollo de la tecnología ha sido tremendo y veloz. Han transcurrido 84 años desde que el matemático inglés Alan Turing (1912-1954) estableció los lineamientos para la teorización de la computación (Turing, 1936); 81 años desde que Turing, junto con Gordon Welchman (1906-1985) y Harold Keen (1894-1973), a partir los planos del matemático polaco Marian Rejewski (1905-1980) elaborados en 1932, construyera *The Bombe*, una máquina que permitió descifrar mensajes nazis cifrados a través de códigos con la máquina *Enigma* en plena Segunda Guerra Mundial; 29 años desde que Stuart Haber y W. Scott Stornetta realizaron los primeros desarrollos de la tecnología *blockchain* (Haber y Scott, 1991); 24 años desde que Nick Szabo sugiriera la idea de emplear *Smart Contracts* (Szabo, 1996); y tan solo 12 años desde la creación de Bitcoin (Nakamoto, 2008).

Sin embargo, el desarrollo del uso de la tecnología en el arbitraje que en estos momentos se está viviendo en el Perú se ha debido específicamente al estado de aislamiento social obligatorio que impuso el Gobierno nacional con la finalidad de prevenir el avance del COVID-19. Este impulso, basado en una necesidad antes que en una convicción generalizada, genera el imperativo de reflexionar respecto de la práctica arbitral nacional y el uso de la tecnología desde una perspectiva que se aleje del caso anecdótico y que procure su incorporación con vocación de permanencia. Ese es el objetivo de esta reflexión.

Por ello, empiezo con un intento por redimensionar la adecuada relación entre el Arbitraje y la Tecnología que no se centre, exclusivamente, en una visión instrumental del arbitraje virtual. A continuación, pero como consecuencia de lo anterior, introduzco la problemática de implementar los protocolos de ciberseguridad como

mecanismo de administración del arbitraje ante el impacto de la tecnología, para lo cual me valgo de la reciente propuesta de regulación que a nivel del *soft law* se ha dado en el arbitraje internacional. Finalmente, reparo en medidas de implementación operativa de ciberseguridad, especialmente con referencia al uso de la tecnología *blockchain*, mostrando sus fortalezas y debilidades para, luego, plantear criterios que orienten el uso de este tipo de tecnología.

## 2. Diagnóstico inicial de la práctica arbitral peruana

El desarrollo de la tecnología, en el ámbito de su implementación en el arbitraje nacional, evidentemente impone ciertos desafíos. Desde mi punto de vista, el reto primario es comprender a cabalidad la relación por establecerse entre tecnología y arbitraje. Respecto de este punto, quiero resaltar una idea central: esta relación no implica solo cambiar el uso de medios o instrumentos físicos por otros digitales, sino (y sobre todo) un cambio de cultura organizacional. A una práctica arbitral que responda a este cambio de mentalidad convengo en denominar *Arbitration Tech*.

### A) Arbitraje virtual y *Arbitration Tech*: deslinde conceptual

En términos generales, se suele indicar que el arbitraje virtual es «un proceso realizado en sus etapas procesales a través de los sistemas informáticos, tecnológicos y de las comunicaciones» (Namén, 2015, p. 7). De forma descriptiva, entonces, se puede reconocer que la visión instrumental del arbitraje virtual implica dos características: (i) la realización de diferentes etapas del arbitraje de forma virtual, y (ii) el manejo de información de forma digitalizada. Si bien esto refleja un cambio de los medios por ser empleados durante un arbitraje, ya sea por las partes, estudios de abogados, árbitros y centros de arbitraje, ello no es suficiente para consolidar una práctica de *Arbitration Tech*; es decir, una adecuada interrelación entre el Arbitraje y la Tecnología.

Desde la concepción restrictiva del *Legal Tech* es posible identificar tres categorías concretas (a continuación, sigo la posición de Veith et al., 2016, pp. 4-5). La primera categoría conlleva la «implementación de tecnologías habilitadoras» enfocadas en «facilitar la digitalización» (herramientas de almacenamiento en la nube y soluciones de ciberseguridad; plataformas de colaboración legal). La segunda categoría implica «soluciones para soporte de procesos», lo cual determina «*case management* de las firmas legales y trabajo de *back-office*; procesos que van desde la gestión de recursos humanos y desarrollo de negocios hasta administración de las relaciones con consumidores y contabilidad, facturación y finanzas». Finalmente, la tercera categoría abarca «soluciones de derecho sustantivo como soporte o incluso reemplazo de abogados en la realización de las tareas legales centrales en transacciones y litigios» (oferta de servicios legales *online* para casos estandarizados, elaboración automatizada de borradores de cartas de contenido estándar o de borradores de contratos simples).

La potencialidad del *Legal Tech* (Warren, 2020) permite apreciar cómo un entendimiento instrumental del arbitraje virtual basado en la digitalización de la información y la transferencia de datos es del todo insuficiente. No solo porque se centra, inclusive de forma limitada, únicamente en la primera de las categorías desarrolladas sin tomar atención al plexo de oportunidades que se pueden generar, sino porque prescinde de un marco de referencia caracterizado por la implementación y desarrollo de una cultura organizacional en el uso de la tecnología en el ámbito del arbitraje.

Desde esta perspectiva, una práctica de *Arbitration Tech* (que se diferencia y aparta de la visión instrumental del arbitraje virtual) conlleva necesariamente el análisis de las posibilidades de desarrollo, riesgos operativos y funcionales, así como de las responsabilidades de todos los eslabones de la cadena insertos en el uso de dicha tecnología en el ámbito arbitral.

Veamos un ejemplo que muestra esta diferencia de enfoque. Una práctica arbitral que solamente se preocupe por su desarrollo de forma digital en el que lo relevante sean las técnicas de litigación bajo este nuevo escenario, responde a una visión instrumental del arbitraje virtual. Sin embargo, si, por ejemplo, se desarrollan protocolos de ciberseguridad que permitan planes de prevención, contingencia y recuperación de la información en función de su mayor o menor vulnerabilidad, ahí podremos identificar una manifestación (y solo eso) de la visión integral del *Arbitration Tech*.

## **B) La situación del arbitraje peruano: la necesidad del *Arbitration Tech***

Al decretarse el estado de emergencia que el Gobierno peruano implementó con la finalidad de prevenir la propagación del COVID-19, la reacción inicial de los principales centros de arbitraje de Lima fue la de suspender la tramitación de los arbitrajes, a diferencia de la posición tomada por los centros de arbitraje a nivel internacional. Sin embargo, ante la prórroga del estado de emergencia, los centros de arbitraje decidieron levantar la suspensión de los arbitrajes y establecer que sean las partes quienes, en coordinación con los árbitros, viabilicen su continuación.

Entretanto, la CCL, a través de la «Nota Práctica N° 1/2020 para la implementación de medios virtuales» y Amcham, por medio de la «Guía de Arbitrajes Virtuales», han reglamentado la posibilidad de iniciar (presentación de solicitudes), desarrollar (reglas arbitrales, notificaciones, audiencias, conferencias y pagos) y concluir (laudo y resoluciones integrantes posteriores) los arbitrajes de forma virtual. Sin embargo, aún no se implementan protocolos de ciberseguridad que permitan construir progresivamente una cultura de *Arbitration Tech* en el sistema arbitral peruano, para lo cual será de fundamental importancia prestar atención a la práctica internacional.

La anécdota con la que inicié esta reflexión no hubiese sido posible sin la decisión de las Cortes de Arbitraje, la dirección de los árbitros y la colaboración de las partes. Ello es innegable. Si bien esta nueva forma de administrar el arbitraje doméstico ha sido motivada por la existencia de una necesidad concreta y específica, ello solo constituye un primer paso.

Los siguientes, seguramente, se orientarán a difundir el uso de medios digitales de mayor alcance y seguridad que permitan mejorar su administración y ejecución; sin embargo, ellos deben realizarse como parte de una cultura arbitral que, progresivamente, abandone la visión instrumental del arbitraje virtual y consolide la relación funcional entre Tecnología y Arbitraje (*Arbitration Tech*). Una manifestación de dicha cultura organizacional es, como adelantaba, la implementación de protocolos de ciberseguridad. Me detendré sobre este punto en el siguiente apartado.

### **3. La ciberseguridad en el arbitraje: las medidas de administración y el rol de los protocolos de ciberseguridad**

A inicios del presente año se informaba del ataque a firmas de abogados de los Estados Unidos mediante *ransomware* (Ambrogi, 2020); esta práctica —que fue la misma que sufrió en 2017 DLA Piper— bloquea el acceso a información de una base de datos a cambio de un pago; en caso contrario, se procede a publicar la información. Este, evidentemente, no es un evento aislado: en 2019, el 25% de los estudios legales de los Estados Unidos han sufrido por lo menos una, violación de datos (Ortus Group, 2019); mientras que el 73 % de las principales firmas de abogados del Reino Unido han sido atacadas por ciberdelincuentes (McElherron, 2019).

Una situación como la descrita ha llevado a que se propongan protocolos de ciberseguridad como, por ejemplo, las *Cybersecurity Guidelines*, elaboradas por *IBA's Presidential Task Force on Cybersecurity* (2018), las cuales abarcan el uso de tecnología, la organización de procesos y el entrenamiento a los usuarios en el ámbito legal de la información digitalizada y de los centros de almacenamiento. Sin embargo, esta práctica no se debe circunscribir a la gestión de estudios de abogados (en todo nivel), sino que se debe generalizar a todas las áreas en donde esté de por medio el manejo de información propia de la industria legal.

Por ello, un primer aspecto respecto del cual se debe reflexionar es el relacionado con la implementación de medidas de administración (planificación, organización, dirección y control) del riesgo de vulnerabilidad de la información que se maneje en un arbitraje a través, por ejemplo, de la implementación de protocolos de ciberseguridad.

#### **A) La necesidad de ciberseguridad en el arbitraje internacional**

Dado el tipo de información que se maneja en el sector legal (sensible, confidencial y privilegiada), más aún cuando se ha digitalizado, los centros que la administran son naturalmente objeto de atención por parte de ciberatacantes. En este escenario, en el marco de una adecuada relación entre Arbitraje y Tecnología (*Arbitration Tech*) caracterizada por una cultura organizacional consciente de los riesgos que implica que la información de las partes en un arbitraje se digitalice, surge la necesidad de establecer mecanismos de ciberseguridad en el ámbito arbitral (Campos, 2020); es decir, formas de aseguramiento de la «información que se almacene en medios digitales y en los sistemas interconectados que la procesan» (Mendoza, 2015).

A nivel del arbitraje internacional, la realidad nos muestra que se han dado intrusiones a la información digitalizada. Es común la referencia al ciberataque que, en 2015, sufrió la página web de la *Permanent Court of Arbitration* con relación a un arbitraje entre China y Filipinas en el que se discutía un problema de delimitación marítima (Peterson, 2015). Por ello, el mantra en ciberseguridad —«It's when not if» (Ries, 2017); es decir, no es cuestión «si» se producirá un ataque, sino «cuándo» se llevará a cabo— es aplicable a todos los intervinientes en un arbitraje, lo cual determina la necesidad de contar con medidas de ciberseguridad en materia arbitral (Naish, 2018; Morel de Westgaver, 2017). Como se aprecia, la ciberseguridad se presenta como una necesidad dada la vulnerabilidad de la información que ha sido digitalizada, lo que, independientemente de los requerimientos técnicos ha llevado, inclusive, a que se formule un *Cybersecurity Law* (Kosseff, 2018, pp. 994-1010).

En este punto hay que tener presente que una vez que se produce la violación de la información en un arbitraje, ello genera una serie de problemas que merecen ser enfrentados. Por ejemplo, de forma panorámica (Sussman, 2018, pp. 10-12) se han identificado algunos de estos problemas: (i) el establecimiento de deberes en los árbitros [y de los centros de arbitraje] respecto de los riesgos de la ciberseguridad; (ii) el delicado problema de admisibilidad de los medios probatorios obtenidos ilegalmente a través de ciberataques; (iii) el desarrollo de problemas vinculados a la autenticación de documentos; (iv) el establecimiento de sanciones a las partes que obtengan información a través de ciberataques; (v) el impacto psicológico en la elaboración de la decisión cuando de por medio, admitidos o no, estén medios probatorios obtenidos ilegalmente; y, (vi) el deber de declaración de los árbitros de la ocurrencia de ciberataques.

En esta coyuntura, el establecer protocolos de manejo de información que implementen aspectos de ciberseguridad en el ámbito arbitral se reafirma como una necesidad, más aún cuando se lleva a la práctica un correcto entendimiento del Arbitraje y Tecnología (*Arbitration Tech*). En esa línea se ha sugerido (Duarte, 2019a) que los protocolos arbitrales que se instauren deben tener en consideración las siguientes directrices: (i) identificación (de información y de los riesgos inherentes); (ii) protección (a través del establecimiento de protocolos de seguridad); (iii) detección (implementar herramientas para identificar las infracciones a la seguridad); (iv) respuesta (a través de protocolos de respuesta y mitigación); y, (v) recuperación (respecto de la información que ha sido vulnerada).

## **B) Protocolos de ciberseguridad en el *soft law* del arbitraje internacional**

Recientemente, se debe destacar el *Protocol on Cybersecurity in International Arbitration* (2020) (*Protocol on Cybersecurity*) elaborado por *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), *New York City Bar Association* (NYC Bar) and *International Institute for Conflict Prevention & Resolution* (CPR). Este documento, diseñado para el arbitraje comercial internacional, pero cuyas directrices pueden ser tomadas como referencia para el arbitraje doméstico, ha reconocido una serie de principios que tienen como objetivo: (i) identificar los riesgos de seguridad de la información en el proceso arbitral, que incluye tanto ciberseguridad como riesgos de

seguridad física; (ii) la importancia de la seguridad de la información para mantener la confianza del usuario en el régimen del arbitraje general; (iii) el papel esencial desempeñado por las personas involucradas en el arbitraje en la mitigación efectiva de riesgos; y, (iv) algunas de las medidas de seguridad de la información accesibles disponibles para mejorar todos los días las prácticas de seguridad.

El *Protocol on Cybersecurity* se articula a través de catorce principios y seis anexos, los cuales tienen como finalidad «proporcionar una recomendación marco para guiar a los tribunales arbitrales, las partes y las instituciones arbitrales» con relación a «cuáles son las medidas de seguridad de la información razonables para aplicar a un arbitraje en particular» (Principio 1). Sin embargo, tal como sucede cuando están de por medio políticas de ciberseguridad, estas tienen que involucrar necesariamente a las personas que participan en cada uno de los eslabones de la cadena del, para este caso, arbitraje. Por ello se establece que los árbitros, centros arbitrales y partes deben asegurar que «todas las personas involucradas directa o indirectamente en un arbitraje, en su nombre, conozcan y sigan toda medida de seguridad de la información adoptada en un procedimiento, así como el impacto potencial de cualquier incidente de seguridad» (Principio 3). Esta directriz es de indiscutible importancia, aunque su implementación no es sencilla. Téngase en consideración que en el ámbito del desarrollo del arbitraje participan diferentes clases de terceros (piénsese en los peritos o los testigos, por ejemplo), todos los cuales deben adoptar el estándar de ciberseguridad que se haya predispuesto para el arbitraje; ello no solo con la finalidad de evitar eventuales responsabilidades, sino también de no exponer la información que se ventile en el arbitraje.

Específicamente, hay algunos aspectos que resaltar del *Protocol on Cybersecurity*. En primer lugar, este indica que «no reemplaza la ley aplicable, reglas de arbitraje, obligaciones profesionales o éticas u otras obligaciones vinculantes» (Principio 4). Esto es de suma importancia, ya que la implementación del protocolo no implica, por ejemplo, establecer un régimen alternativo a la protección de los datos personales prevista legalmente, sino uno concurrente, aplicable a la actividad de las partes, abogados, árbitros y centros arbitrales. Esto permite reconocer que los protocolos de ciberseguridad son solo un factor dentro de un entramado mayor destinado a la protección de la información de las partes en el arbitraje y que, por lo tanto, para su diseño se requiere de una articulación en diversos niveles (legal, reglamentos arbitrales, guías específicas en ciberseguridad de los reglamentos arbitrales o de los árbitros, protocolos de ciberseguridad previstos por las partes, entre otros).

En segundo lugar, se establecen parámetros para fijar las medidas de seguridad por aplicarse en cada arbitraje en particular; algunos de ellos son los siguientes: (a) «el perfil de riesgo del arbitraje» (teniendo en cuenta: la naturaleza de la información, riesgos relacionados con la materia controvertida, la identidad de las partes, testigos, peritos e instituciones arbitrales, el tipo de industria, el valor de controversia, entre otros); (b) «las prácticas existentes de seguridad de la información, infraestructura y capacidades de las partes, árbitros e instituciones arbitrales y la medida en que las prácticas abordan las categorías de seguridad de la información» (el Principio 7 enuncia algunas: gestión de activos, controles de acceso, encriptación, seguridad de comunicaciones, gestión de incidentes de seguridad de información, entre otras);



(c) «la carga, los costos y los recursos relativos de las partes, árbitros y cualquier institución administradora»; (d) «proporcionalidad relativa al tamaño, valor y perfil de riesgo de la disputa»; y, (e) «la eficiencia del proceso arbitral» (Principio 6). La enumeración de estos factores es de vital importancia, ya que permite advertir que no hay fórmulas estáticas para el diseño de los protocolos de ciberseguridad, sino que estos deben tener la flexibilidad suficiente para adecuarse a las necesidades de cada arbitraje.

En tercer lugar, se reconoce al Tribunal Arbitral la capacidad de «modificar las medidas previamente establecidas para el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia del tribunal, a la luz de las circunstancias cambiantes del caso» (Principio 12), lo cual se enmarca dentro del espíritu de flexibilidad que debe caracterizar a los protocolos de ciberseguridad. Siempre dentro de las prerrogativas del Tribunal Arbitral, se establece que en caso de «violación de las medidas de seguridad de la información adoptadas para un procedimiento de arbitraje o la ocurrencia de un incidente de seguridad de la información, el tribunal arbitral puede, a su discreción: (a) asignar los costos relacionados entre las partes; o (b) imponer sanciones a las partes» (Principio 13). Como se aprecia, las sanciones no se establecen de forma expresa, pero ello resulta necesario en aras de preservar el principio de tipicidad ante las partes del arbitraje. Finalmente, los principios del *Protocol on Cybersecurity* concluyen indicando que «no establecen ninguna responsabilidad ni estándar de responsabilidad, incluyendo pero no limitándose a la responsabilidad contractual, mala praxis profesional o negligencia» (Principio 14). Esto se justifica en el propio carácter referencial de los protocolos de ciberseguridad.

#### **4. La ciberseguridad en el arbitraje (sigue): las medidas de implementación y los desafíos del uso de la tecnología *blockchain***

Luego de haber realizado una aproximación a las medidas de administración de ciberseguridad, es necesario prestar atención a un segundo aspecto central: las medidas de implementación de las políticas de ciberseguridad.

Con relación a este punto, un lugar común es afirmar las potencialidades que tendría el uso de la tecnología *blockchain* en el arbitraje, no solo a nivel de ciberseguridad, sino en atención a la práctica arbitral en su conjunto: desde el establecimiento del convenio arbitral hasta la ejecución del laudo. Bajo el alcance mencionado, en este apartado se reflexionará de forma panorámica sobre su conveniencia de uso, únicamente, en materia de ciberseguridad.

##### **A) La relación entre arbitraje y tecnología *blockchain*, con especial referencia a la ciberseguridad**

Si bien se ha difundido el uso de la tecnología *blockchain* para el intercambio de criptomonedas, el hecho de que sea una red de registro distribuida, que se manifiesta a través de una base de datos desarrollada mediante cadenas de bloques descentralizada, irrevocable e inmutable, ha permitido que su uso se encuentre bajo

diversas manifestaciones; por ejemplo: medios de pago, *smart contracts*, registros de trazabilidad, herramientas para micropagos, gobernanza de organizaciones, sector público (Porxas & Conejero, 2018, pp. 29-32).

En este contexto, hay que advertir que la relación entre arbitraje y tecnología *blockchain* ha sido bidireccional, ya que, por un lado, se han destacado las ventajas del arbitraje como medio de solución de controversias de operaciones económicas que hayan empleado tecnología *blockchain* (Morgan, 2018; Givari, 2018; Evans, pp. 13-16), y, por otro lado, por el hecho de que esta última puede ser de utilidad y funcionalidad a la propia práctica arbitral, tanto desde una perspectiva general —para la automatización en la ejecución de los acuerdos entre las partes o, incluso, de las decisiones arbitrales (Jevremović, 2019)— como desde una perspectiva especial, por ejemplo, para el caso del arbitraje de inversiones (Terrien, 2018; Duarte, 2018).

No obstante las ventajas de la tecnología *blockchain* en el ámbito arbitral, si nos centramos en lo que a protección de información se refiere, se han resaltado las limitaciones que esta tendría dadas las dificultades tecnológicas de la implementación de una red pública para el manejo de la información en un arbitraje internacional (Chugh, 2018); y, desde otra perspectiva, poniendo énfasis en la *blockchain* de acceso privado y sus diferencias con la redes públicas, se ha remarcado su importancia en el arbitraje internacional en materia de ciberseguridad, confidencialidad y eficiencia (Shehata, 2018, pp. 4-7), siendo que se ha afirmado, inclusive, su potencialidad de uso en el futuro del arbitraje (Duarte, 2019b).

En este contexto de protección de la información que es objeto de un arbitraje, hay que reiterar que la importancia de dicha información es innegable. De ahí que la confidencialidad de este medio de solución de controversias se haya convertido en una de sus ventajas comparativas con relación a la justicia ordinaria. Desde esta perspectiva, la ciberseguridad debe ser vista solo como un medio para la protección de un fin mayor: la protección de la confidencialidad de la información en el arbitraje.

Tener como premisa que las medidas de implementación de la ciberseguridad no constituyen un fin en sí mismo es determinante al momento de establecer, de forma concreta, la necesidad o no de acoger los diferentes medios de ciberseguridad que se pueden reconocer. Y es que, en tanto instrumento, estos deben guardar una relación de adecuación y efectividad con aquello que busca proteger en función de cada arbitraje en particular. Con este parámetro se evaluarán las prácticas tendientes a desarrollar, en los hechos, la propuesta que de forma seductora apuesta por la idea de emplear tecnología *blockchain* en el arbitraje.

## **B) Posición personal: hacia una visión instrumental de la tecnología *blockchain* para la protección de información en el arbitraje**

La prudencia aconseja ser cautos con el reconocimiento de la utilidad de la tecnología *blockchain* en el arbitraje y, antes de adoptar una posición a favor o en contra, apreciar las fortalezas y las debilidades de este tipo de tecnología en la protección de información.



En cuanto a las fortalezas (Zafar y Nagpal, 2018, pp. 15-17), desde una perspectiva procesal preocupada por garantizar la eficacia y procurar la potencialidad del documento electrónico como un medio de prueba, se ha reconocido que la tecnología *blockchain* es capaz de garantizar su autoría, integridad y confidencialidad (Didier Jr. & De Oliveira, 2020, pp. 377-379), al caracterizar a dicha tecnología como segura, inmutable y transparente (Didier Jr. y De Oliveira, 2020, pp. 372-374). Estas ventajas, si bien pensadas en el proceso civil, se pueden reconocer sin problema en el ámbito del proceso arbitral.

En cuanto a sus debilidades, recordemos que no se debe creer que la tecnología *blockchain* es inatacable (Canelón et al., 2019, pp. 111-126). La experiencia muestra que, desde 2017 hasta mediados de 2019, los *hackers* han robado 1800 millones de euros en criptomonedas (Orcutt, 2019). Ello sin mencionar sus problemas específicos como consecuencia de los vacíos en la programación y que se vieron expuestos, por ejemplo, en el caso *The DAO* (primera organización autónoma descentralizada de alto perfil que empleó *smart contracts* para inversiones en capital de riesgo) en 2016 y que generó pérdidas valoradas en más de 50 millones de dólares, y que perfectamente permite reconstruir una «responsabilidad artificial» respecto de los administradores de la red (Kolbert, 2018, pp. 205-213).

En consecuencia, desde una perspectiva integral, si bien la tecnología *blockchain* busca mitigar los riesgos de vulneración de la ciberseguridad, lo cierto es que no los elimina. Esta tecnología dificulta la posibilidad de que se ataque la información que pueda estar protegida, pero ello no significa una inmunidad absoluta del sistema de protección. Hemos visto que redes *blockchain* de acceso público que son más seguras, ya que conllevan la necesidad de atacar un mayor número de nodos o puntos de contacto, han sido vulneradas. Y en el caso de las redes privadas el riesgo es mayor, ya que la limitación en el número de nodos o puntos de contacto hace que sea más sencillo el ataque a dichos puntos.

En esa medida, existen por lo menos dos factores que deben ser evaluados para su implementación en el arbitraje. Por un lado, la relación confianza-responsabilidad que involucra la contratación de redes privadas de *blockchain*, ya que serán los administradores de estas (pienso en centros de arbitraje, los propios árbitros y las partes), en tanto entes centralizados, quienes no solo deben contar con la capacidad de generar confianza en el marco de un arbitraje, sino que han de asumir además la responsabilidad en los casos de ataque y vulneración efectiva a la red. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, establecer el nivel y la forma en que se asignarán los costos de las pérdidas que se produzcan cuando se presenten intromisiones no deseadas. Si bien los centros de arbitrajes podrían asegurar estas actividades o determinar un sistema de precios, se debe tener cuidado en no generar subsidios ante las partes que requieran de dicho especial sistema de protección, frente a las partes que no, lo cual desincentive la propia actividad del arbitraje. Esta última situación se torna más complicada si se piensa, por ejemplo, en el ámbito del arbitraje de contrataciones con el Estado.

## 5. Conclusiones

En este contexto, y ante lo complejo de la problemática analizada solo de forma aproximativa, me permito concluir con tres reflexiones.

En primer lugar, si bien hay que indicar la indudable importancia de los protocolos para el desarrollo de las actuaciones arbitrales de forma virtual que se han dado en sede nacional, siguiendo la pauta de la práctica existente a nivel del arbitraje internacional, tales como el *Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration* (marzo, 2020) o la *ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic* (abril, 2020), también se debe enfatizar en que no son instrumentos suficientes desde una política integral de administración de riesgos de la información, propia del *Arbitration Tech*, lo cual debe ser advertido por centros de arbitraje, árbitros, abogados y partes tanto en los arbitrajes internacionales como nacionales, para proceder a una mejora continua y constante de la práctica arbitral e implementar protocolos de ciberseguridad.

En segundo lugar, con relación al uso de la tecnología *blockchain*, reparemos en que una de las características centrales de la *blockchain*, aquella que la hace un activo diferenciable del resto, es su carácter descentralizado e inmutable. Entonces, al renunciar a estas características, sobre todo cuando se opta por una red de acceso privada, debe ir de la mano con la toma de conciencia de las consecuencias que el uso de este tipo de tecnología conlleva, especialmente, en cuanto a riesgos y responsabilidades por parte de quienes centralizan la información, tal como serían, en este caso, los árbitros o los centros de arbitraje.

Finalmente, coincido cuando se indica que la tecnología *blockchain* «no debemos verla como aquel martillo con el que podemos resolver todos los problemas y que necesariamente optimizará los procesos operativos» (Morán, 2019). Desde esta perspectiva, la adopción de la tecnología *blockchain* se presenta solo como una alternativa, dentro de otros sistemas de seguridad posible, que debe ser evaluada no como si fuese un fin en sí mismo, sino en atención a los fines que busca proteger, lo cual implica la autoevaluación del nivel de desarrollo de la práctica arbitral en el foro doméstico.

## Referencias

Ambrogi, Bob (2020). Ransomware attacks hit three law firms in last 24 hours. *Law sites blog: tracking technology and innovation for the legal profession*, 1 de febrero. Disponible en <https://www.lawsitesblog.com/2020/02/ransomware-attacks-hit-three-law-firms-in-last-24-hours.html>

Campos, Héctor (2020, 27 de mayo). Del arbitraje virtual al Arbitration Tech. Diagnóstico inicial de la práctica arbitral peruana. Disponible en <https://thecryptolegal.com/del-arbitraje-virtual-al-arbitration-tech-diagnostico-inicial-de-la-practica-arbitral-peruana/>

Canelón, Jesús, Huerta, Esperanza, Incera, José, & Ryan, Terry (2019). A cybersecurity control framework for blockchain ecosystems. *The International Journal of Digital Accounting Research*, vol. 19.

Chugh, Ashish (2018, 13 de mayo). Why we don't need blockchain to manage cases in international arbitration. *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/13/dont-need-blockchain-manage-cases-international-arbitration/?doing\\_wp\\_cron=1589768489.3003170490264892578125](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/13/dont-need-blockchain-manage-cases-international-arbitration/?doing_wp_cron=1589768489.3003170490264892578125)

Didier Jr., Fredie, & De Oliveira, Rafael Alexandria (2020). O uso da tecnologia blockchain para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica. En *Inteligência artificial e direito processual*. Editora Jus Podivm.

Duarte, Mauricio (2018, 15 de octubre). Could blockchain become the new standard for transparency in investment arbitration? *Kluwer arbitration blog*. Disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/15/could-blockchain-become-the-new-standard/>

Duarte, Mauricio (2019a, 6 de febrero). Essential tips on cybersecurity for arbitrators: identify, protect, detect, respond and recover. *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/06/essential-tips-on-cybersecurity-for-arbitrators-identify-protect-detect-respond-and-recover/?doing\\_wp\\_cron=1589773357.1081669330596923828125](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/06/essential-tips-on-cybersecurity-for-arbitrators-identify-protect-detect-respond-and-recover/?doing_wp_cron=1589773357.1081669330596923828125)

Duarte, Mauricio (2019b, 16 de abril). El futuro del arbitraje radica en el uso del blockchain. *CIAR Global*. Disponible en <https://ciarglobal.com/el-futuro-del-arbitraje-radica-en-el-uso-del-blockchain/>

Evans, Tonya M. (2019). Role of international rules in blockchain-based cross-border commercial disputes. *Wayne Law Review*, vol. 65, N.º 1.

Givari, Dena (2018, 5 de mayo). How does arbitration intersect with the blockchain technology that underlies cryptocurrencies? *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/05/scheduled-blockchain-arbitration-april-17-2018/?doing\\_wp\\_cron=1591475833.0427660942077636718750](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/05/scheduled-blockchain-arbitration-april-17-2018/?doing_wp_cron=1591475833.0427660942077636718750)

Haber, Stuart, & Scott Stornetta, W. (1991). How to time-stamp a digital document. *Journal of Cryptology*, N.º 3.

Jevremović, Nevena (2019, 27 de enero). 2018 in review: blockchain technology and arbitration. *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/27/2018-in-review-blockchain-technology-and-arbitration/?doing\\_wp\\_cron=1589780097.4881989955902099609375](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/27/2018-in-review-blockchain-technology-and-arbitration/?doing_wp_cron=1589780097.4881989955902099609375)

Kolber, Adam J. (2018). Not-so-smart blockchain contracts and artificial responsibility. *Stanford Technology Law Review*, vol. 21, N.º 2.

Kosseff, Jeff (2018). Defining cybersecurity law. *Iowa Law Review*, vol. 103.

McElherron, Daisy (2019, 16 de octubre). The threats posed by cyber attacks in the legal industry. Disponible en <https://saltDNA.com/news/the-threats-posed-by-cyber-attacks-in-the-legal-industry>

Mendoza, Miguel Ángel (2015, 16 de junio). ¿Ciberseguridad o seguridad de la información? Aclarando la diferencia. *WeLiveSecurity blog*. Disponible en <https://www.welivesecurity.com/la-es/2015/06/16/ciberseguridad-seguridad-informacion-diferencia/>

Morán, Adolfo (2019, 3 de abril). ¿Es blockchain la solución a todo? *The Crypto Legal*. Disponible en <https://thecryptolegal.com/es-blockchain-la-solucion-a-todo/>

Morel de Westgaver, Claire (2017, 6 de octubre). Cybersecurity in international arbitration: a necessity and an opportunity for arbitral institutions. *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/06/cyber-security/?doing\\_wp\\_cron=1589815343.0049159526824951171875](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/06/cyber-security/?doing_wp_cron=1589815343.0049159526824951171875)

Morgan, Charlie (2018, 5 de marzo). Will the commercialisation of blockchain technologies change the face of arbitration? *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/groups?gID=519&doing\\_wp\\_cron=1591475765.5233669281005859375000](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/groups?gID=519&doing_wp_cron=1591475765.5233669281005859375000)

Naish, Vanessa (2018, 25 de noviembre). Cybersecurity in arbitral proceedings: how to kick-start the conversation about protecting your clients' data. *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/25/cybersecurity-in-arbitral-proceedings-how-to-kick-start-the-conversation-about-protecting-your-clients-data/?doing\\_wp\\_cron=1589815701.1390678882598876953125](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/25/cybersecurity-in-arbitral-proceedings-how-to-kick-start-the-conversation-about-protecting-your-clients-data/?doing_wp_cron=1589815701.1390678882598876953125)

Namén, David (2015). Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano. *Revista e-Mercatoria*, vol. 14, N.º 2.

Nakamoto, Satoshi (2008). Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. Disponible en <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Orcutt, Mike (2019, 5 de abril). El masivo historial de robos demuestra que 'blockchain' no es inhackeable. *MIT Technology Review*. Disponible en <https://www.technologyreview.es/s/10958/el-masivo-historial-de-robos-demuestra-que-blockchain-no-es-inhackeable>

Ortus Group (2019, 30 de agosto). Cyber criminals vs UK Law Firms: the battle continues. Disponible en <https://www.ortusgroup.com/2019/08/>

Peterson, Luke Eric (2015, 23 de julio). Permanent court of arbitration website goes offline, with cyber-security firm contending that security flaw was exploited in concert with China-Philippines Arbitration. *Investment Arbitration Reporter*. Disponible en <https://www.iareporter.com/articles/permanent-court-of-arbitration-goes-offline-with-cyber-security-firm-contending-that-security-flaw-was-exploited-in-lead-up-to-china-philippines-arbitration/#ixzz3gjZFys4p>

Porxas, Núria, & Conejero, María (2018). Tecnología blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 48.

Ries, David G. (2017, 1 de diciembre). 2017 security. *American Bar Association (ABA) Tech Report 2017*. Disponible en [https://www.americanbar.org/groups/law\\_practice/publications/techreport/2017/security/](https://www.americanbar.org/groups/law_practice/publications/techreport/2017/security/)

Shehata, Ibrahim (2018). Three potential imminent benefits of blockchain for international arbitration: cybersecurity, confidentiality & efficiency. *Young Arbitration Review*, noviembre, N.º 24 (<https://ssrn.com/abstract=3290028>)

Sussman, Edna (2018). Cyber attacks: issues raised in arbitration. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, N.º 2.

Szabo, Nick (1996). Smart contracts: building blocks for digital markets. Disponible en [fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html)

Terrien, Armand (2018, 18 de octubre). Blockchain and cryptocurrencies: the new frontier of investment arbitration? *Kluwer arbitration blog*. Disponible en [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/18/blockchain-and-cryptocurrencies-the-new-frontier-of-investment-arbitration/?doing\\_wp\\_cron=1591476244.3854119777679443359375](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/18/blockchain-and-cryptocurrencies-the-new-frontier-of-investment-arbitration/?doing_wp_cron=1591476244.3854119777679443359375)

Turing, Alan (1937). On computable numbers, with an application to the Entscheidungsproblem. *Proceedings of the London Mathematical Society*, vol. s2-42.

Veith, Christian, et al. (2016). *How legal technology will change the business of law*. The Boston Consulting Group y Bucerius Law School.

Warren, Zach (2020, 15 de enero). The future of legal tech is about transformation, not automation. *The American Lawyer*. Disponible en <https://www.law.com/americanlawyer/2020/01/15/the-future-of-legal-tech-is-about-transformation-not-automation/>

Zafar, Faraz, & Nagpal, Namrata (2018). Application of blockchain technology in cybersecurity. *Proceedings of Second International Conference on Computing, Communication and Control Technology (ICT-2018)*. India.



# **Tecnología y oralidad en el proceso civil peruano<sup>1</sup>**

*Renzo Cavani*

Pontificia Universidad Católica del Perú

---

1 Agradezco a mis amigos Eugenia Ariano, Sergio Casassa y Raúl Arcos Cotrado por nuestras conversaciones sobre este tema. También, a mis queridos Alessandro Vergel, Álvaro Castillo y David Ibarra, todos ellos miembros de PRODEJUS-PUCP, quienes leyeron este texto y aportaron importantes comentarios y observaciones. Las ideas de todos ellos sirvieron para mejorar sustancialmente las mías.





## 1. Introducción

Este artículo busca cuestionar la decisión política recientemente adoptada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) en el sentido de condicionar la implementación del proceso electrónico a una previa adopción del modelo de la oralidad civil (Resolución Administrativa N° 136-2020-CE-PJ).

Para ello, en primer lugar, realizo una breve exposición histórico-normativa del empleo de la tecnología en el proceso civil peruano, mostrando su carácter pretecnológico y, además, que las modificaciones recibidas a lo largo de los años no fueron del todo sustanciales, revelándose una despreocupación, de parte del legislador, de crear condiciones para el empleo de la tecnología. Fue más bien el CEPJ el que siempre tuvo la principal iniciativa de adoptar decisiones políticas para mejorar la gestión, principalmente a partir de la progresiva implementación de las notificaciones electrónicas y del expediente judicial electrónico.

Así mismo, procuro mostrar las marchas y contramarchas de la oralidad en el proceso civil peruano, tanto desde el modelo original del CPC-93, pasando por las modificaciones del D. Leg. N° 1070 y, finalmente, la adopción del modelo de la oralidad a partir del convenio suscrito con el Centro de Estudios por la Justicia en Latinoamérica (CEJA). Con ello, queda evidenciado que el Poder Judicial peruano, desde 2017, se había propuesto implementar dos modelos paralelos: el proceso electrónico y el modelo de la oralidad en la rama civil.

Sin embargo, frente a las medidas de distanciamiento y aislamiento dictadas por el Gobierno central, el CEPJ reaccionó optando por acelerar la implementación de ambos modelos en las diversas Cortes Superiores del país, pero adoptando la decisión de condicionar el funcionamiento del proceso electrónico en aquellos casos en los que se haya cumplido con adaptar el modelo de la oralidad. Para cuestionar esta política, busco identificar las dimensiones administrativa y jurisdiccional del modelo de la oralidad, problematizando sobre la implementación de la primera dimensión en esta coyuntura y su adecuación frente al proceso electrónico, y cuestionando la legalidad de la segunda, por consagrar normas que no llegan a encajar en la normativa del CPC-93.

Finalmente, procuro destacar que es perfectamente viable adoptar un modelo de proceso electrónico con prevalencia de la escritura que sea eficiente, por lo que no sería necesario tener que incorporar ningún modelo de proceso por audiencias.

Además, definiendo que la implementación y la posterior evaluación del proceso electrónico para, solo después, pensar en la modificación del CPC-93, es una solución que bien valdría la pena ser explorada con el fin de solucionar los problemas más urgentes del sistema de justicia peruano.

## 2. Tecnología y CPC-93: de la era pretecnológica al proceso electrónico

El CPC-93 nació como un código pretecnológico.<sup>2</sup> Es difícil reprochar esto al legislador de 1993, puesto que el país venía saliendo de una crisis económica sin precedentes y el poder de turno no tenía mayor interés en la implementación de una justicia eficiente. Así mismo, el objetivo de la reforma procesal de inicios de los años 1990 no fue, en lo absoluto, modificar la práctica judicial y forense a partir de una revolución tecnológica; más bien, el cambio de orientación del modelo procesal hunde sus raíces en una virada *ideológica* y *dogmática*.<sup>3</sup>

Empero, lo que llama poderosamente la atención es que, luego de 27 años, el CPC-93 no haya recibido modificaciones sustanciales que estén orientadas a implementar diversas herramientas tecnológicas que fueron surgiendo principalmente en el siglo XXI,<sup>4</sup> y que, además, haya existido, de parte del legislador, una preocupación por cambiar la realidad de la práctica judicial y forense. En efecto, más allá de la aparición del centro de distribución general en 1997 en Lima (con lo que se dio fin a la antigua dispersión de las sedes de los juzgados y secretarías judiciales), esta realidad se ha caracterizado, entre otros aspectos, por lo siguiente: el uso masivo e indiscriminado del papel que terminaba por hacinar los despachos judiciales; la enorme lentitud de los procedimientos burocráticos en la ruta de los escritos desde su presentación hasta su arribo al despacho; el entrampamiento de la elaboración de las resoluciones y el «proveimiento» de los escritos al interior del despacho judicial; la cuantiosa pérdida de horas-hombre por parte de jueces que debían desempeñar funciones jurisdiccionales y administrativas de sus propios despachos, pero también de los(as) abogados(as) que debían concurrir con frecuencia a las sedes judiciales para impulsar el proceso o hacer diversas gestiones y trámites, entre muchas otras.

Por supuesto, hubo algunas aisladas excepciones a este marasmo legislativo, tales como la posibilidad de notificar por correo electrónico (Ley N° 27419, de 2001) si las partes así lo solicitasen. También se incorporó posteriormente la posibilidad de grabar audiencias, las notificaciones electrónicas y el remate judicial virtual (todo ello *apenas* en 2014); sin embargo, como veremos más adelante, las principales iniciativas para generar un cambio tecnológico en el CPC provinieron del propio seno

2 Acaso lo más moderno en materia de tecnología que aparecía en la redacción original es el facsímil o el télex (oficios, exhortos, notificaciones, remisión de cuaderno de apelación). Sin embargo, para ese momento ya existían las computadoras, la internet y los correos electrónicos.

3 Sobre el asunto, cfr. Cavani (2019a).

4 De hecho, tampoco fue esa la orientación principal del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual integró. Más adelante me referiré a algunas modificaciones que el CPC-93 sufrió.

del Poder Judicial y no precisamente del legislador ni, mucho menos, de un genuino debate democrático.

La situación del CPC-93 contrasta visiblemente con las leyes procesales más modernas que surgieron ya entrado el siglo XXI, tales como el Código Procesal Penal de 2004<sup>5</sup> y la Ley Procesal del Trabajo,<sup>6</sup> las cuales, sin perjuicio de sus limitaciones, desde su origen incorporaron una importante abertura al empleo de la tecnología para facilitar la propia tramitación de los procedimientos y, en general, dotar de mayor eficiencia el servicio de justicia.

Sin perjuicio de ello, es posible mencionar dos grandes «momentos tecnológicos» que sufrió la práctica civil en general en este siglo XXI y, particularmente, la práctica judicial civil: las notificaciones electrónicas y el expediente judicial electrónico.

#### a) Primer gran momento tecnológico: notificaciones electrónicas

Mediante la Resolución Administrativa N° 336-2008-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso la creación del Sistema de Notificaciones Electrónicas (SI-NOE). Con ello, venía la exigencia de que los abogados pasen a registrar una «casilla electrónica» en la cual recibirían las notificaciones digitalizadas que, desde siempre, en físico, solían recibir en sus despachos o, inclusive, que solían buscar en las casillas de notificación de las sedes judiciales y de sus respectivos colegios de abogados.

El sistema de notificación electrónica partió fundamentalmente de dos acontecimientos normativos: la modificación del artículo 26 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo a través del Decreto Legislativo N° 1067, que dispuso que las notificaciones debían hacerse electrónicamente, y, además, luego de ocho años de aprobación de la Ley de Firmas Digitales, la esperada promulgación de su regla-

---

5 En el caso del Código Procesal Penal, el artículo 119-A permite emplear el método de videoconferencia en casos que exista privación de libertad del imputado «y que su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga» (redacción de la Ley N° 30076); el artículo 169 autoriza que la declaración de testigos que se encuentren en el extranjero pueda darse por videoconferencia; los artículos 360.4 y 381 permiten, en general, que la declaración testimonial y de peritos también pueda ser tomada por videoconferencia; el artículo 248.1, 'g', autoriza la videoconferencia para la adopción de medidas de protección; el artículo 361 dispone que se registre la audiencia mediante grabación pero que se levante acta haciendo una síntesis; finalmente, el artículo 521-C autoriza la realización de audiencias mediante videoconferencia para casos de extradición. A mi juicio, sin embargo, la disposición más relevante es el artículo 136.2, el cual permite expresamente que el CEPJ implemente el proceso electrónico en ámbito penal.

6 En el caso de la LPT, el artículo 12.1 dispone: «[...] Las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y vídeo utilizando cualquier medio apto que permita garantizar fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico, a su costo». Por su parte, el artículo 12.2 señala: «La grabación se incorpora al expediente. Adicionalmente, el juez deja constancia en acta únicamente de lo siguiente: identificación de todas las personas que participan en la audiencia, de los medios probatorios que se hubiesen admitido y actuado, la resolución que suspende la audiencia, los incidentes extraordinarios y el fallo de la sentencia o la decisión de diferir su expedición. Segundo párrafo. Si no se dispusiese de medios de grabación electrónicos, el registro de las exposiciones orales se efectúa haciendo constar, en acta, las ideas centrales expuestas». Por su parte, el artículo 46 inc. 5 permite que la inspección judicial también pueda grabarse.

mento (Decreto Supremo N° 052-2008-PCM). El detalle fue que la implementación de las notificaciones electrónicas no solo se dirigió al proceso contencioso administrativo, sino también al proceso civil. La base normativa no fue, por cierto, ninguna obligatoriedad del CPC-93 de notificar electrónicamente, sino la *posibilidad* de que las partes, si así lo solicitasen, puedan ser notificadas mediante correo electrónico u otros medios «siempre que los mismos permitan confirmar su recepción» (según la redacción dada por la ya mencionada Ley N° 27419, de 2001). A pesar de que dependía rigurosamente del acuerdo entre las partes, se consiguió imponer las notificaciones electrónicas como obligatorias en materia civil.

El sistema de notificaciones electrónicas se fue implementando progresivamente (y, de hecho, a la fecha de hoy aún no se ha concluido<sup>7</sup>), y desde el inicio se dispuso que los jueces exijan que las partes consignen la casilla electrónica al momento de colocar su domicilio. La particularidad fue que solo en 2014, mediante la Ley N° 30229, las notificaciones electrónicas se «formalizaron», modificando expresamente la Ley Orgánica del Poder Judicial, el CPC, el Código Procesal Constitucional y la Ley Procesal del Trabajo, haciéndolas obligatorias (aunque en la práctica ya lo eran), prescindiendo de la notificación física de la gran mayoría de resoluciones.<sup>8</sup> Entre otros aspectos, fue solo entonces cuando se modificó el artículo 424 CPC-93 para incorporar formalmente la obligatoriedad de que las partes, en su demanda y contestación, coloquen su domicilio procesal electrónico.<sup>9</sup>

Si bien las notificaciones electrónicas fueron un gran avance, pues se ahorraban muchos recursos humanos y materiales (como la contratación del *courier* y los clásicos problemas del preaviso y del fraude en la notificación), los procedimientos de notificaciones electrónicas, al menos en el ámbito civil, no estuvieron exentos de diversos inconvenientes. Por ejemplo, todo escrito presentado por mesa de partes era ingresado y, posteriormente, digitalizado, con el fin de que pueda facilitarse la futura notificación realizada por el juzgado una vez que el escrito sea proveído. No obstante, por falta de recursos para el escáner, algunas mesas de partes demoraban en enviar el documento electrónico a los respectivos juzgados. Así mismo, dado que aún se conservaba el documento escrito (pues el expediente debía seguir siendo físico), aun cuando todo el expediente se encontraba digitalizado, todavía continuaba la circulación de papeles entre órganos administrativos y judiciales.

7 Al punto que, recientemente, mediante Resolución Administrativa N° 137-2020-CE-PJ se ordenó que «Todas las resoluciones judiciales, sin excepción, cualquiera sea la especialidad o materia, serán notificadas en las respectivas casillas electrónicas, sin perjuicio de la forma que expresamente señale la ley». Así mismo, se dispuso: «Es obligatorio el uso del Sistema de Notificaciones Electrónicas-SINOE; así como también la Agenda Judicial Electrónica, bajo responsabilidad».

8 De hecho, el artículo 155-E de la LOPJ dispuso que, además de la notificación electrónica, debían ser notificadas físicamente las siguientes resoluciones: emplazamiento de la demanda, declaración de rebeldía, resolución que ordena una medida cautelar y toda resolución que ponga fin a la instancia (sea auto o sentencia).

9 Lo cual revela una práctica cuando mínimo cuestionable del Poder Judicial: exigir requisitos de la demanda sin que exista una modificación legal que lo sustente. Adicionalmente, la Ley N° 30229 incorporó el remate judicial electrónico (REMAJU) y modificó el CPC para que —¡recién!— pueda grabarse la audiencia por medios tecnológicos, señalando que la inveterada práctica de transcribir todo lo que fuera dicho en audiencia se aplicaría solo cuando no haya aquellos medios.

Por otra parte, se presentó también un problema distinto: el procedimiento interno de la notificación electrónica indicaba que debía imprimirse la resolución aprobada por el juez para que este la firme y que el especialista dé fe, tras lo cual se pasaba al notificador para que, además de imprimir la cédula, digitalice o escanee dichos documentos y, solo después, era subido al SINOE para, apenas entonces, notificar a las partes. Un procedimiento, pues, nada automático, muy poco electrónico ni necesariamente célere, sobre todo en aquellos casos en los que el notificador tenía carga acumulada de resoluciones para notificar.

#### b) Segundo gran momento tecnológico: expediente judicial electrónico

El gobierno electrónico fue fijado como política nacional en 2013,<sup>10</sup> lo cual obligaba a que los estamentos estatales apliquen herramientas tecnológicas con el fin de prestar un mejor servicio a los ciudadanos. Por ello, además de aprobar su propio plan de gobierno electrónico,<sup>11</sup> el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial decidió, en 2017, comenzar con la implementación del proceso electrónico en el Perú. Este proyecto se denominó «Expediente Judicial Electrónico» (EJE).

Tal como se desprende del reglamento aprobado por la Resolución Administrativa N° 228-2019-CE-PJ, el proceso electrónico busca enfrentar de manera frontal varios problemas del sistema de justicia, tales como los procedimientos internos del despacho, la congestión en las mesas de partes, el despido de recursos empleados en la impresión de documentos y, sobre todo, el ahorro de horas-hombre de funcionarios judiciales, abogados y justiciables. Esto apunta a lograr un mayor nivel de eficiencia de la justicia y, asimismo, a reducir el tiempo global de los procesos, caracterizado por la existencia de los así llamados «tiempos muertos», causados por el recorrido que suelen seguir los papeles entre cada uno de los actos procesales.

El proceso electrónico en el Perú tiene como principal característica la conformación de expedientes digitales, sin emplear un solo papel durante el trámite. Para ello, se alentó que los escritos sean presentados a través del SINOE, el cual pasó a tener una mesa de partes virtual, siendo que para ello se requería el empleo de la firma digital de parte de los abogados (así como el DNI electrónico). Sin perjuicio de ello, con el fin de que la transición sea suave, se siguieron recibiendo escritos presentados físicamente en la mesa de partes, pero estos, luego de ser digitalizados, se devolvían a quien los presentó, a modo de cargo (esto valía inclusive para demandas, por más voluminosas que sean). Así mismo, ya con el escrito electrónico, al interior del despacho se implementaron procedimientos virtualizados entre el juez y los auxiliares jurisdiccionales para la proyección y aprobación de resoluciones, notificación, elevación de expedientes, etcétera.<sup>12</sup>

10 «Plan Nacional de Gobierno Electrónico (2013-2017)», según D.S. N° 081-2013-PCM.

11 Resolución Administrativa N° 250-2016-CE-PJ y Resolución Administrativa N° 199-2019-P-PJ, que aprueba el Plan Estratégico Institucional 2019-2022 del Poder Judicial.

12 Una particularidad es que existen procedimientos diferenciados para que el juez apruebe la resolución, el especialista suscriba, dando fe y, luego, que el notificador proceda a la notificación. Si la notificación debe ser realizada físicamente (de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 155-E LOPJ), la notificación es enviada a una central de notificación, quien se encargará de imprimirla y diligenciar-

Pues bien: en 2017 se dispuso un plan piloto del EJE en el distrito judicial de Lima Centro, para que sea testeado en algunos juzgados comerciales, contencioso-administrativos (específicamente, las subespecialidades de mercado y tributario) y laborales. Hacia diciembre de 2019, luego de obtener un préstamo del Banco Mundial,<sup>13</sup> el EJE había avanzado considerablemente, pues ya se tramitaban 126 mil demandas<sup>14</sup> en cinco distritos judiciales: Lima Centro (que vio implementado el uso del EJE a más juzgados), Lima Norte, Cajamarca, Ventanilla-Puente Piedra y Tacna,<sup>15</sup> siendo un total de 88 órganos jurisdiccionales, incluyendo las Salas Superiores.<sup>16</sup> De esta manera, el objetivo era la generalización del proceso electrónico en nuestro país.<sup>17</sup>

Aun así, con una experiencia positiva, la implementación del EJE estaba en curso y el Poder Judicial buscaba capacitar a los abogados y sociedades de abogados para que hicieran un mejor uso de las herramientas electrónicas. Todo esto se detuvo súbitamente con la declaratoria de emergencia y el aislamiento social obligatorio dispuesto por el Gobierno central, con la necesidad de distanciamiento social y, posteriormente, la implementación de bioseguridad para locales abiertos al público y trabajo de oficina. A partir de aquí el CEPJ toma la iniciativa, a partir de un aluvión de resoluciones administrativas, muchas de ellas vinculadas a la tecnología. Entre otros aspectos, además de suspender todos los procesos,<sup>18</sup> autorizó a las Cortes Superiores de Justicia a adoptar las medidas necesarias a partir de las particularidades de los distritos judiciales;<sup>19</sup> estableció que las de audiencias virtuales serían la regla general (en todos los procesos) mientras que las audiencias físicas serían la excepción cuando las primeras no puedan ser realizadas;<sup>20</sup> ordenó la digitalización de expedientes y la creación temporal de mesa de partes electrónicas para procesos

---

la. En mi opinión, todo esto es un despropósito: luego de la firma digital del juez debería notificarse inmediatamente a las partes, sin intervención del especialista y, además, ninguna notificación debería entregarse físicamente. No obstante, además de derogar las normas que exigen la notificación física, también debería derogarse el artículo 122 inc. 7 CPC, en cuanto a la exigencia de suscripción de parte del especialista/secretario.

13 El monto fue US\$85 millones. Fuente: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_inicio/as\\_enlaces\\_destacados/as\\_imagen\\_prensa/as\\_notas\\_noticias/2019/cs\\_n-prestamo-banco-mundial-27112019](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2019/cs_n-prestamo-banco-mundial-27112019)

14 Empero, solo en 2018 ingresaron un millón y medio de expedientes nuevos. Sumados a los expedientes ya en trámite, la cantidad de procesos EJE aún resultaba siendo muy escasa. Fuente: <https://laley.pe/art/7363/cuantos-expedientes-ingresan-cada-ano-al-poder-judicial>

15 Fuente: [http://eje.pe/wps/wcm/connect/eje/s\\_eje/as\\_prensa/as\\_noticias/cs\\_n\\_inauguracion\\_tacna](http://eje.pe/wps/wcm/connect/eje/s_eje/as_prensa/as_noticias/cs_n_inauguracion_tacna)

16 Ver Resolución Administrativa N° 152-2020-CE-PJ, que aprueba el «Plan de Actividades 2020» de la Comisión de Trabajo del Expediente Judicial Electrónico.

17 Por supuesto que esto no está exento de problemas, tales como la capacitación de personal jurisdiccional y abogados, los recursos para modernizar equipos y oficinas judiciales (basta pensar en la abandonada justicia de paz letrada) y las brechas tecnológicas y la mala calidad del servicio de internet en el Perú.

18 Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ, Resolución Administrativa N° 117-2020-CE-PJ, Resolución Administrativa N° 118-2020-CE-PJ, Resolución Administrativa N° 061-2020-P-CE-PJ, Resolución Administrativa N° 062-2020-P-CE-PJ y Resolución Administrativa N° 157-2020-CE-PJ.

19 Resolución Administrativa N° 051-2020-P-CE-PJ.

20 Resolución Administrativa N° 129-2020-CE-PJ. Antes de la aparición de dicha norma ya había tenido la oportunidad de pronunciarme favorablemente por las audiencias virtuales (cfr. Vergel & Cavani, 2019).



no EJE, con el fin de que se puedan presentar escritos;<sup>21</sup> y, en lo que aquí interesa, aprobó el «Proyecto de Implementación del Expediente Judicial Electrónico a la Oralidad Civil».<sup>22</sup> Esta decisión del CEPJ ordena, al menos en el ámbito civil, que el proceso electrónico queda supeditado a que, previamente, se haya acogido el «modelo de litigación oral».

Pasaré a hablar sobre esto a continuación.

### 3. Vaivenes en la oralidad civil

En la redacción del Decreto Ley N° 25940, de diciembre de 1992,<sup>23</sup> el CPC-93 estructuró un proceso por audiencias, esto es, un modelo de procedimiento en el que destacaba particularmente la concentración de actos procesales a través de tres audiencias: una primera, regulada en el artículo 449, dirigida a actuar los medios probatorios concernientes a las excepciones y, de ser el caso, sanear el proceso;<sup>24</sup> una segunda en la que se buscaba promover la conciliación entre las partes y, de no haberla, se procedía a la «fijación de puntos controvertidos» y «saneamiento probatorio» (*rectius*: la delimitación del objeto litigioso del proceso y la admisión de los medios probatorios previamente tenidos por ofrecidos<sup>25</sup>), todo ello de acuerdo con los artículos 468 al 472 CPC-93; y, finalmente, una tercera, la audiencia de pruebas, que se convocaba solo cuando existían medios de prueba por actuar o, alternatively, cuando existía declaración de rebeldía y la resolución que declara el saneamiento del proceso.<sup>26</sup> Este modelo viene inspirado fundamentalmente en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que influenció buena parte de las reformas en Latinoamérica.<sup>27</sup>

No obstante, en el contexto de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en junio de 2008 el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo N° 1070, que modificó drásticamente la Ley de Conciliación Extrajudicial. Esta ley consagró la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial previa al inicio del proceso para aquellas pretensiones sustentadas en derechos disponibles, y, entre otros aspectos, con el fin de reforzar la conciliación, terminó eliminando ahora la

---

21 Resolución Administrativa N° 133-2020-CE-PJ.

22 Resolución Administrativa N° 136-2020-CE-PJ.

23 Que modificó el Decreto Legislativo N° 768, de marzo de 1992, antes del golpe de Estado perpetrado por Alberto Fujimori. Este Decreto Legislativo, por cierto, aún no había entrado en vigencia.

24 Esta audiencia fue eliminada mediante Ley N° 29057. De cualquier manera, el juez podía prescindir de ella.

25 Sobre el tema, cfr. Cavani (2016).

26 En el caso del proceso sumarísimo existe una audiencia única en que se concentra la delimitación del objeto litigioso y el *thema probandum* y la audiencia de pruebas. Para una crítica del modelo por audiencias del CPC-93 frente a otras normas que dificultaron la implementación de la oralidad, cfr. Priori (2010, pp. 134-136).

27 Como es el caso de Uruguay, con la adopción del Código General del Proceso en 1989, a partir de cuya experiencia del proceso por audiencias se construyó el proyecto del CEJA para los procesos civiles (cfr. Pereira Campos, 2008. Un informe más actualizado puede consultarse en Pereira Campos, 2017).

segunda audiencia regulada en el CPC-93. O sea, desapareció no solo el momento en que el juez buscaba que las partes puedan conciliar, sino también la fase oral para delimitar los hechos y calificar las pruebas. Así, ante una situación en que se veía a las audiencias como un obstáculo para la celeridad del proceso, el procedimiento se hizo predominantemente escrito: luego del saneamiento, el juez otorgaba tres días a las partes para que propongan puntos controvertidos y, luego, el juez los fijaba (artículo 468). En esa misma resolución, el juez debe programar la audiencia de pruebas o, en todo caso, disponer el juzgamiento anticipado, iniciando el plazo para sentenciar sin perjuicio de la posibilidad de que las partes ofrezcan un informe oral (artículo 473).

Se ha dicho que el resultado de esta marcha atrás en la oralidad no contribuyó a combatir la lentitud e ineficiencia y que, más bien, la ocasionó. No obstante, cabe preguntar lo siguiente: ¿esta lentitud e ineficiencia fue por causa de la propia escrituralidad o, en todo caso, por la deficiente gestión de los despachos, el déficit de infraestructura y recursos materiales, la ineficiencia de la burocracia en los procedimientos internos, la propia distribución de competencias del Poder Judicial y, además, la *falta de implementación de herramientas tecnológicas*? Esto tiene que ver, en efecto, con la percepción de que la oralidad —a diferencia de la escrituralidad— es un buen remedio para combatir todos estos males que comprobadamente existen en la justicia peruana.<sup>28</sup>

Dicho todo esto, ahora sí es posible hablar del *modelo de litigación oral en materia civil*. La inspiración de este modelo parte de la iniciativa del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), institución con la cual el Poder Judicial peruano suscribió un acuerdo de cooperación en agosto de 2017. Así, en 2018, mediante Resolución Administrativa N° 124-2018, el CEPJ aprobó el «Proyecto Piloto para la Modernización del Despacho Judicial en los Juzgados Civiles», autorizando que, primero, dicho proyecto se implemente en dos juzgados civiles del distrito judicial de Arequipa y, luego, pueda ampliarse a otros juzgados del distrito judicial de Lima Centro. El proyecto del CEJA consistió en crear las condiciones para una modernización de la gestión del despacho, con el fin de separar las funciones administrativas y jurisdiccionales e implementar un proceso por audiencias. Para ello, se asumió el compromiso de desarrollar un diagnóstico, diseñar un nuevo modelo de gestión, capacitar a los funcionarios judiciales y administrativos y ofrecer diversas recomendaciones.

Posteriormente, mediante Resolución Administrativa N° 310-2019, el CEPJ aprueba la implementación progresiva en diversos juzgados de Lima, realizando una serie

---

28 Es ampliamente sabido que los esfuerzos de implementación de un proceso oral no son nada novedosos y generaron un amplio debate en la doctrina del derecho procesal a lo largo del siglo XX. Destaca, por ejemplo, Giuseppe Chiovenda, quien, influenciado por la *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 (1930 y 1993), y a partir de algunas conclusiones de orden histórica (1930), proponía la implementación de un proceso oral en Italia. Así mismo, Denti (1970) ya destacaba que no era posible prescindir del elemento de la escrituralidad, aun cuando se optara por un modelo oral. Para un panorama histórico, cfr. Stürner (2013) y Kochem (2013). Para un panorama enfocado en Latinoamérica y, especialmente, el Perú, con énfasis en el funcionamiento en la práctica del proceso por audiencias, cfr. Priori (2010).



de modificaciones para enfrentar la carga procesal. Según el CEPJ, los problemas por atacar son la acumulación sucesiva de escritos, la presentación de escritos irrelevantes o meramente dilatorios, los demasiados roles desempeñados por el juez que lo alejan del conocimiento del propio proceso,<sup>29</sup> el hacinamiento de espacios con papeles y expedientes, todo lo cual redundará en la dilación de procesos. Por ello, se concluye que efectivamente se requiere una reorganización. El detalle relevante es el CEPJ, que en la exposición de sus razones atribuye todos estos males a la tramitación de los procesos judiciales con base en la escrituralidad.

Ya en este año, el CEPJ aprobó diversos documentos normativos concernientes al modelo de litigación oral, pero ya no solo para la Corte de Lima, sino para todas las Cortes Superiores del país,<sup>30</sup> que contemplan fundamentalmente dos dimensiones:

- a) Dimensión administrativa: se plantea una rígida separación entre las funciones administrativas (principalmente, gestión de despacho y atención al público) y las funciones jurisdiccionales (el propio trabajo de juzgar). Así mismo, en las funciones jurisdiccionales se busca una separación entre despachos de trámite y de ejecución; esto es, de un lado, juzgados encargados de tramitar procesos de conocimiento y cautelares y, de otro lado, juzgados encargados de la ejecución de las sentencias. Todo esto implica una reingeniería total de los despachos, puesto que se diseña una estructura administrativa modular, encabezada por el administrador del módulo, en torno al cual se agrupan diversos despachos. Estos despachos están integrados por el juez (si es de trámite, podrá tener un asistente), pero es bajo la administración del módulo que se agrupan secretarios, especialistas, asistentes de archivo, asistentes varios y funcionarios de atención al público. Así mismo, se apuesta por la implementación de salas de audiencias, para lo cual también se debe destinar personal.
- b) Dimensión jurisdiccional: se plantea la implementación de la oralidad para dotar de una mayor celeridad en los procesos y, para ello, se incorpora una serie de reglas vinculantes a todos los órganos jurisdiccionales de las Cortes Superiores que hayan adoptado el modelo de la oralidad.<sup>31</sup> El CEPJ no deja sombra de dudas:

---

29 Una reforma muy interesante en este sentido se dio en España con la Ley 13/2009, la cual implantó la Nueva Oficina Judicial. Entre otras modificaciones, el secretario judicial adquirió más funciones que no poseen naturaleza jurisdiccional, mientras que al juez se le descargó de otras funciones menos relevantes, al punto de distinguir entre resoluciones «judiciales» y «procesales». Por supuesto, si esto se implementase en el Perú no se debería volver a la época en que los secretarios eran todopoderosos. Ellos también deberían estar rigurosamente controlados.

30 Específicamente, mediante Resolución Administrativa N° 049-2020-CE-PJ y Resolución Administrativa N° 015-2020-P-CE-PJ, se aprobaron seis documentos normativos: el Reglamento de Funcionamiento del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral (en adelante, el «Reglamento»), el Manual de Organización y Funciones del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral (en adelante, el «Manual»), el Reglamento de Actuación para los Módulos Civiles Corporativos de Litigación Oral (en adelante, el «Reglamento de Actuación») y tres Procedimientos de Actuación para los Juzgados de Paz Letrados, los Juzgados Especializados y las Salas Superiores.

31 Nótese que en el Protocolo de Actuación aprobado mediante Resolución Administrativa N° 319-2019 (para la Corte de Lima), se hacía énfasis en que tales documentos constituían una «guía de trabajo» que «dialoga y se inserta en el sistema de fuentes existentes», apuntando hacia una «resignificación» y

tanto en la parte decisoria de las Resoluciones Administrativas como en los seis documentos normativos se indica, en el «alcance», que son reglas de aplicación obligatoria. Y, particularmente, el Reglamento de Actuación trae una serie de normas dirigidas a implementar la oralidad, tales como reglas de las audiencias, la realización de la así llamada «audiencia preliminar», la grabación de audiencias, el contenido del acta, reglas sobre pedidos de nulidad e impugnaciones en audiencia, la posibilidad de sentenciar en audiencia o, si esto no se hace, buscar sentenciar en un plazo más reducido. Profundizaré en la exposición de esta dimensión en el siguiente ítem.

#### 4. ¿Condicionar la tecnología a la oralidad?

Tanto el EJE como el modelo de oralidad son políticas públicas asumidas por el Poder Judicial peruano a partir de diversos criterios técnicos, pero también, fundamentalmente, de conveniencia. El punto que quiero discutir aquí es, tal como fue anunciado, si es que acaso fue la mejor solución política condicionar el primero a la implementación del segundo en los tiempos de pandemia.<sup>32</sup> Buscaré demostrar que no lo fue a partir de tres argumentos.

##### a) Primer argumento: problemas en el modelo de litigación oral

Frente a los problemas que se evidencian en la práctica, específicamente la eficiencia de los procedimientos al interior del despacho y el alejamiento del juez de las funciones netamente jurisdiccionales, podría decirse que el modelo del juez-gerente ha fracasado. Por ello, la propuesta del modelo de la oralidad en la dimensión administrativa, con la consecuente separación entre funciones administrativas y jurisdiccionales, no deja de ser interesante.

No obstante, vale apreciar un detalle muy importante: más allá de la consagración de un «principio de adecuación a la innovaciones tecnológicas» (*sic*),<sup>33</sup> el modelo de la oralidad no ha sido propiamente pensado *a partir de* un proceso electrónico ni tampoco ha sido concebido para que, en su seno, se incorpore un proceso electrónico. El modelo de la oralidad se inserta claramente en un régimen de presencialidad: de ahí el gran énfasis en la inmediación y en la concentración de actos en la audiencia (y ya no por escrito), en la creación de puestos de trabajo para funcionarios que asistan en la formación de cuadernos, traslado de papeles, custodia

---

«reinterpretación de las reglas constitucionales, convencionales y legales existentes». Este Protocolo, sin embargo, fue dejado sin efecto.

32 No es coincidencia, de hecho, que los procesos laborales de las Cortes Superiores mencionadas ya cuenten con EJE: por causa de las exigencias *planteadas por el propio legislador*, no solo ya existe toda una *expertise* del trabajo del proceso por audiencias (aunque con problemas de gestión y programación de las audiencias), sino también los módulos ya están implementados. Por ello, las Cortes Superiores, hoy, buscan adecuarse al modelo de litigación oral, pasar por una evaluación y, solo después, ser autorizadas para tramitar procesos electrónicos (ver Resolución Administrativa N° 136-2020).

33 Ver página 6 del Reglamento de Actuación.

de expedientes y, en general, todo un diseño de una organización y procedimientos internos de trabajo con expedientes físicos.<sup>34</sup>

Además, no es posible apreciar en ninguno de estos documentos alguna vinculación concreta con EJE, por más que tales documentos fueron muy posteriores al reglamento dado para este. Tampoco se aprecian modificaciones reglamentarias posteriores para adaptar el modelo de la oralidad al EJE. Cabe preguntarse, por tanto, cuál es la razón de implementar un modelo pensado para la presencialidad, ordenando aplicar las reglas de la dimensión administrativa del modelo de la oralidad solo para que, posteriormente, se pueda incorporar el proceso electrónico que exige una forma de trabajo muy diferente. Todo ello sin perjuicio de reflexionar, como se hará más adelante, si la oralidad es el modelo adecuado para resolver *todas* las controversias.

Es en la dimensión jurisdiccional, no obstante, donde encuentro la mayor cantidad de problemas. En el Reglamento de Actuación se pueden hallar al menos cinco tipos de normas:

- Existen normas que se encuentran en el marco del CPC-93 que, a mi juicio, son bastante positivas, tales como el fomento de los acuerdos procesales entre las partes.<sup>35</sup> No obstante, lo que se requiere, para su implementación, es argumentar *a partir del CPC-93* y justificar por qué son negocios jurídicos que sí estarían permitidos frente al artículo IX del título preliminar que, al parecer, niega la posibilidad de que puedan darse.<sup>36</sup>
- Existen diversas normas que no hacen más que reiterar otras normas del CPC-93, tales como el principio de buena fe procesal,<sup>37</sup> concentración de actos,<sup>38</sup> la necesidad de respetar plazos procesales<sup>39</sup> y la regulación sobre los días hábiles e inhábiles.<sup>40</sup>
- Existen normas expresa y manifiestamente contrarias a la LOPJ y al CPC-93, tales como la propia implementación de un proceso por audiencias (como vimos, desechado por la modificación operada por el Decreto Legislativo N° 1070), trayendo de vuelta la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, ahora bautizada como «audiencia preliminar».<sup>41</sup>

---

34 Ver artículos 15 y ss. del Reglamento.

35 Artículo 6 del Reglamento de Actuación.

36 Cfr. Cavani (2019a).

37 Página 3 del Reglamento de Actuación.

38 Página 3 del Reglamento de Actuación.

39 Artículo 15 del Reglamento de Actuación.

40 Artículo 16 de Reglamento de Actuación.

41 Artículos 36 y ss. del Reglamento de Actuación. Nótese que la facultad del juez prevista en el artículo 51 inciso 3 del CPC-93 («Los jueces están facultados para: [...] 3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus Abogados») no autoriza a que este, por propia iniciativa, obligue a las partes a asistir a una audiencia de las características de la audiencia preliminar. Esta norma, en realidad, simplemente alude a un poder inquisitorial del juez para obtener más información por boca de las partes, buscando profundizar en el conocimiento de los hechos, sin que ellas hayan ofrecido la declaración de parte. No hay, pues, ninguna relación entre esto y la realización de una audiencia en la que se buscará componer el conflicto, organizar la causa y calificar las pruebas.

- Existen normas que presentan una redacción diferente respecto de deberes de jueces, partes y abogados que no están presentes en el CPC-93 que, como norma con rango de ley, es la única que puede imponer la tipicidad y el tipo de sanción.<sup>42</sup>
- Existen, finalmente, normas con una amplitud normativa muy grande que podrían generar ilegalidades, tales como las alusiones al *case management* y la cooperación entre las partes,<sup>43</sup> sin realizar la debida precisión de que el juez, en ningún caso, podría imponer su decisión de modificar el procedimiento. Si esto es así, entonces no es que el juez y su personal adecúen el caso, sino simplemente que incentivan la negociación entre las partes.<sup>44</sup>

Todo esto, a mi juicio, presupone serios riesgos para la práctica judicial y forense, específicamente en el hecho de dejar de aplicar el CPC-93 y pasar a aplicar esta normativa infralegal, dada por el CEPJ, en su calidad de órgano jerárquicamente superior a todos los jueces de la república (que inclusive tiene funciones disciplinarias frente a ellos). En efecto, el Reglamento de Actuación está claramente pensado como si fuese un subcódigo de procedimientos, incidiendo directamente en la propia labor jurisdiccional, lo cual *solamente puede hacerse por ley*.<sup>45</sup> El solo hecho de haberlo redactado de esa forma ya entraña una práctica legislativa cuando mínimo cuestionable.

De cualquier manera, debe tenerse muy presente que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, consagra el procedimiento previamente determinado *por ley* como una garantía constitucional *a favor de las partes*. En efecto, cuando señala que «ninguna persona puede ser [...] sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos [...]», presupone que ningún ejercicio del poder público, sea la función administrativa, legislativa y, sobre todo, la jurisdiccional, puede modificar arbitrariamente el procedimiento.<sup>46</sup> Esta garantía, de hecho, está íntimamente emparentada con la seguridad jurídica, que permite a las partes *conocer* de antemano el proceso al que se someterán, *confiar* en que el juez respetará escrupulosamente dicho cauce y *calcular* el resultado de dicho procedimiento en materia de tiempo y resultado (Ávila, 2011).

La única solución acorde con la legalidad y la garantía del procedimiento sería que las partes, *de común acuerdo*, se autorregulen y establezcan normas convencio-

---

42 Por ejemplo, los artículos 5 y 10, que prevén una sanción si las partes no *colaboran* con la gestión del conflicto.

43 Artículo 3 del Reglamento de Actuación.

44 Artículo 5 del Reglamento de Actuación.

45 Y no puede decirse que el CEPJ no diferencia su propia competencia en cuanto a la regulación de la administración y gestión del proceso de medidas propiamente jurisdiccionales. Por ejemplo, ante el pedido de los presidentes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de dejar de notificar físicamente, tal como lo dispone el artículo 155-E LOPJ, el CEPJ concluyó que él mismo «atendiendo a su condición de ente administrativo, no tiene competencia para el ejercicio de facultades o potestad jurídica que corresponde al órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus atribuciones» (Resolución Corrida 17-2020-CE-PJ).

46 Cfr. Cavani (2019a, p. 257). Esta idea se la debo a Eugenia Ariano.

nales a partir de las normas «sugeridas» por el reglamento.<sup>47</sup> En todo caso, las normas que regirán tendrán como fuente no otra cosa que la autonomía de la voluntad de las partes. Considero que también sería posible que el juez promueva la negociación, advirtiendo sobre los beneficios de tal o cual norma, pero, si por alguna razón no se llegase a un acuerdo, el juez está absolutamente prohibido de aplicar las reglas del Reglamento de Actuación que conduzca a una distorsión del procedimiento establecido por el CPC-93. La pregunta que queda aquí es la siguiente: si alguna parte se muestra en desacuerdo con la aplicación de estas nuevas reglas, ¿el juez desobedecerá al CEPJ que sí le obliga a aplicarlas?

Pienso, además, que cualquier decisión de adoptar un modelo en que prime la escrituralidad o la oralidad debe darse *democráticamente* o, por excepción, a través de facultades delegadas por el Congreso, tal como ocurrió cuando se cambió el proceso por audiencias. Esto podría permitir, cuando menos, que haya un debate más profundo sobre los rumbos que la justicia civil peruana debería adoptar. No obstante, el Poder Judicial, sean sus órganos de gobierno, sean los órganos jurisdiccionales, está sujeto a la Constitución y a la ley (artículo 146 Constitución) y, por tanto, no puede subvertir esta decisión legislativa, por más buenas intenciones que existan.

#### b) Segundo argumento: relación entre tecnología y oralidad/escrituralidad

Un proceso electrónico puede llevarse a cabo tanto en un modelo de oralidad como en un modelo de escrituralidad. Un buen ejemplo de ello es el caso de la justicia federal brasileña, donde el proceso penal está diseñado a partir de audiencias y el proceso civil, más bien, rige la escrituralidad. Ambos, sin embargo, tienen la particularidad de ser electrónicos.<sup>48</sup> Esta experiencia al menos muestra la viabilidad de que, en el Perú, pueda implementarse el proceso electrónico sin tener que migrar a un proceso por audiencias.

De hecho, como es sabido, el EJE ya está implementado en los juzgados comerciales y en los juzgados contencioso-administrativos con subespecialidad en tributario y mercado de la Corte de Lima. En el primer caso, estos juzgados tramitan todos los procesos ejecutivos de índole comercial (por ejemplo, títulos valores y ejecución de garantías), y la estructura de dichos procesos es fundamentalmente escrita, al punto que a lo largo de todo el trámite procedimental puede no existir una sola audiencia.<sup>49</sup> En el segundo caso, en los procesos contencioso-administrativos básicamente se discute sobre la corrección jurídica de la resolución de la primera o segunda instancia administrativa que perjudicó al administrativo o la legalidad del

---

47 En mi opinión, a partir de una interpretación del artículo 62 de la Constitución de manera favorable a la autonomía de la voluntad es posible concluir que existe un margen para que las partes puedan celebrar negocios procesales (cfr. Cavani, 2019a).

48 Lo cual dio inicio con la Ley 11.419/2016. Sobre el tema, cfr. Löw (2012); Pegoraro Jr. & Tesheiner (2016); Fedato & Gonçalves (2019).

49 En efecto, el artículo 690-E, segundo párrafo, CPC-93, señala que: «Cuando la actuación de los medios probatorios lo requiera o el Juez lo estime necesario, señalará día y hora para la realización de una audiencia, la que se realizará con las reglas establecidas para la audiencia única».

procedimiento administrativo, o sea, una cuestión de puro derecho.<sup>50</sup> Por ello, la principal prueba en torno a la cual gira el debate es el expediente administrativo.

Así mismo, la separación de funciones administrativas y jurisdiccionales puede ocurrir independientemente de que se adopte un proceso por audiencias. De hecho, ambas pueden implementarse a partir de condiciones completamente diferentes. De un lado, la separación entre estas funciones obedece a la necesidad de que el juez únicamente se concentre en estudiar el caso y expedir resoluciones, y ya no ser más el responsable de la eficiente gestión del despacho y la atención al público que, indudablemente, son tareas que le restan tiempo muy valioso. Este reenfoque del juez hacia las labores jurisdiccionales bien podría ser realizado con particular eficiencia en un proceso electrónico escrito, sobre todo por la cantidad de resoluciones de trámite y cuestiones procesales que debe analizar y suscribir.

Empero, la adopción de un proceso por audiencias, además de requerir una cantidad importante de personal e instalaciones apropiadas, si es que no se encuentra bien implementado, corre el riesgo de lo que ya se ha experimentado en el proceso civil anterior a junio de 2008 y en el proceso laboral vigente: dado que el avance del proceso depende de la realización de las audiencias, si es que estas se frustran por diversas razones o se programan para un tiempo demasiado distante (piénsese en seis meses a más), entonces se generan considerables «tiempos muertos», acaso mayores que en el proceso escrito.<sup>51</sup> Un proceso por audiencias depende, pues, rigurosamente, de que estas puedan darse en un intervalo de tiempo relativamente corto.

Finalmente, en diversas materias (civil, laboral, constitucional, etcétera) existen muchos casos en los que un proceso por audiencias no estaría justificado, sea porque la discusión planteada por las partes es muy puntual y específica, sea porque ellas podrían acordar expresamente no desear ninguna audiencia y sí, más bien, una pronta resolución a su controversia. Piénsese, por ejemplo, en un proceso de desalojo por vencimiento de contrato, donde el demandante únicamente quiere la restitución del bien; en una demanda de nulidad de acto jurídico por violación de formalidad *ad solemnitatem*; en un proceso monitorio para el cobro de una deuda plasmada en documento; o, inclusive, un pago de beneficios sociales más la indemnización legal tras un despido arbitrario. Allí, en vez de llevar a cabo una audiencia, es perfectamente posible, luego de la contestación de demanda, recibir una sentencia lo más pronto posible, sin ningún tipo de intermediación. Un modelo de oralidad complota, infelizmente, contra esta solución rápida y efectiva. Es en este punto específico que, efectivamente, considero que la oralidad puede llegar a ser un mito ni mucho menos una fórmula mágica para atender todas las necesidades de los usuarios de justicia.

---

50 En el proceso contencioso-administrativo es posible realizar una audiencia, en el proceso ordinario, si es que hay algún medio de prueba por actuar (artículo 27.1) o si es que las partes solicitan un informe oral. En el proceso urgente no hay ninguna previsión de audiencia. De otro lado, en casos de incorporación sucesiva de una pretensión referida a una nueva actuación administrativa y siempre que haya necesidad de actuar un medio probatorio (artículo 8).

51 Según Priori (2010, p. 138), esto es exactamente lo que ocurrió en el modelo por audiencias del CPC-93.



## c) Tercer argumento: razones coyunturales

La implementación de políticas públicas depende de consideraciones de orden presupuestal, organizativo, cultural y, también, *coyuntural*. Situaciones excepcionales como las de una pandemia —que no es poca cosa— pueden justificar que el CEPJ dé marcha atrás en muchas decisiones ya adoptadas. En efecto, las medidas de distanciamiento y aislamiento han llevado a la drástica reducción de personal trabajando en las sedes judiciales, una escasa atención al público, la necesidad de implementar el trabajo remoto y, por ello, tener que recurrir masivamente a la tecnología. Ello, sumado a la falta de dinero de parte del Gobierno central en el futuro presupuesto, bien podría llevar a que la apuesta por implementar *ambos* modelos sencillamente no sea una solución viable.

En efecto, las brechas tecnológicas, problemas de conectividad y escasez de capacitación en tecnología por los operadores de justicia de todo el país son ya grandes factores para superar. De ahí que sea importante cuestionarse si acaso sería lo mejor privilegiar la realización de audiencias, como plantea el modelo de oralidad (específicamente, la resucitada audiencia preliminar) o, más bien, alternativamente, enfocarse en un rápido intercambio de documentos electrónicos entre juez y partes que evite a toda costa una grave congestión cuando se retome la normalidad del servicio. Pienso que la sola realización de audiencias preliminares en los casos pendientes bien podría generar terribles cuellos de botella y, al final, dado que el tiempo del juez no es ilimitado, que estas sean programadas para varios meses en adelante. Creería, además, que existen muchas Cortes Superiores a las que les costará mucho adecuar su infraestructura al modelo de oralidad (dimensión administrativa), siendo irreal pensar que se dará «a costo cero», como el CEPJ originalmente había planteado al momento de aprobar el proyecto del CEJA.<sup>52</sup> En ese sentido, si es que no pudiesen realizar prontamente dicha adecuación y, por ello, no recibiesen el proceso electrónico, la carga acumulada en estos meses será muy difícil de manejar. Al final, terminarían perjudicándose todos los justiciables de dichas regiones.

Sin perjuicio de ello, la disposición actual de que las audiencias virtuales se realizarán como regla general debe conducir necesariamente a replantearse si vale la pena implementar, hoy, esta reingeniería del despacho a partir de la separación de funciones administrativas y jurisdiccionales. Ya he dicho que esto es un punto positivo, pero diversas disposiciones y reglas contenidas en los documentos dados por el CEPJ ya habrían quedado desfasados. Por ejemplo, si es que de verdad se quiere implementar el proceso electrónico, ¿realmente es necesario destinar personal para cuidar las salas de audiencias si el juez puede realizarla desde el computador de su despacho? ¿Vale la pena crear cargos para funcionarios que fundamentalmente trabajarán con expedientes físicos? Me parece que, cuando menos, diversos ajustes serían necesarios en el ámbito reglamentario, comenzando por pensar en una futura

52 Ver considerando segundo de la Resolución Administrativa N° 124-2018-CE-PJ. Inclusive, no queda claro si es que habrá suficiente dinero para que *todas* las Cortes Superiores del país puedan adoptar este modelo, garantizando resultados positivos si es que se generalizase.

implementación de un eficiente *software* de gestión de despacho, directamente conectado a la plataforma empleada por los abogados.

Finalmente, pensando ya en el factor humano, esto es, en los operadores de justicia, mal que bien ya tenemos una forma de trabajar y de entender el funcionamiento del proceso civil (predominantemente escrito) por jueces, abogados y auxiliares. ¿Acaso no sería mejor promover una *transición suave* para todos ellos? El cambio hacia el proceso electrónico, con todo el aluvión tecnológico que ello implica, ya será un enorme desafío de actualización, cambio de hábitos y de la propia forma de relacionarse entre los operadores. Es, sin embargo, un cambio necesario, anunciado, y sí estaba plenamente justificado que se avance lentamente, pero a paso firme. Hoy las cosas tendrán que acelerarse.

No obstante, un cambio hacia la oralidad exige, cuando menos, un debate abierto entre la comunidad académica, una intensa capacitación de funcionarios judiciales y los abogados y la reforma de los planes de estudios de las facultades de derecho,<sup>53</sup> teniendo en cuenta una prudente y larga *vacatio legis*. Esto, evidentemente, es algo que se exigiría de cualquier legislador democrático que busque reencaminar el tránsito hacia un modelo de proceso por audiencias. No obstante, teniendo en cuenta los serios vaivenes de la oralidad en la historia reciente de nuestro proceso civil, contando ya con una experiencia que claramente ha fracasado, mucho me temo que las buenas intenciones no fueron ni serán suficientes.

## 5. Conclusiones

La implementación del modelo de la oralidad civil, si bien refleja una política pública asumida por el CEPJ para mejorar el servicio de justicia, tiene diversos problemas de origen (concretamente, la implementación de un proceso por audiencias no permitido por el CPC-93) y sin duda no ha sido pensado para albergar un proceso electrónico, específicamente en el Reglamento planteado para el EJE.

De otro lado, el proceso electrónico sí se muestra como una herramienta absolutamente necesaria frente a la situación actual del país por causa de la pandemia del COVID-19. En efecto, frente a las medidas de distanciamiento, aislamiento y bioseguridad en espacios abiertos al público, superar las enormes dificultades para retornar a las actividades «normales», tales como presentar escritos en mesa de partes, hacer gestiones diversas e impulsar los procesos, puede ser solucionada, aunque sea parcialmente, con el rápido intercambio documental entre juez y partes. Por supuesto, el proceso electrónico no resolverá todos los problemas de la justicia civil peruana: permite solucionar algunos, sí, pero la auténtica reforma de la justicia pasa por algo que trasciende al propio proceso judicial y al uso de la tecnología.

---

53 Esto es lo que Priori (2010, pp. 136 ss.) le reclama al diseño del CPC-93. Si bien la situación actual del Perú no es la misma que la de 1993, dado que hoy ya existen modelos orales en el ámbito penal y laboral, es difícil determinar si nuestros operadores de justicia, por esta experiencia, tendrían menos dificultades para enfrentar el modelo de oralidad de un sistema que, históricamente, fue escrito.



De cualquier manera, pienso que buscar condicionar el empleo del proceso electrónico a una previa implementación del modelo de la oralidad, tal como lo ha hecho el CEPJ, no es la decisión política más adecuada, más aún en estos tiempos de pandemia. Más bien, una solución que propongo considerar es que *primero* se implemente el proceso electrónico de manera más sostenida y, *posteriormente*, realizar la evaluación sobre los puntos que deben mejorarse en esta implementación. Este es un esfuerzo que innegablemente está haciendo el CEPJ, como lo demuestra la Resolución Administrativa N° 152-2020-CE-PJ. El detalle, empero, reside en que, solo después de esta implementación, y luego de analizar la data enviada por las respectivas Cortes Superiores, se podría concluir si es que vale la pena modificar la estructura del proceso actual para migrar a uno por audiencias, con las consecuentes modificaciones al CPC-93 y la preparación de la comunidad jurídica para un nuevo y decisivo cambio.

## Referencias

Ávila, H. (2011). *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros.

Cavani, R. (2016). «Fijación de puntos controvertidos»: una guía para jueces y árbitros. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6, 2, 179-200.

Cavani, R. (2019a). La oralidad en la Corte de Lima: ocho puntos a analizar del Reglamento. *La Ley – El ángulo legal de la noticia*. Disponible en <https://laley.pe/art/8381/la-oralidad-en-la-corte-de-lima-ocho-puntos-a-analizar-del-reglamento>

Cavani, R. (2019b). Convenções processuais no direito processual civil peruano. *Negócios processuais* (pp. 247-271), t. 2. Salvador: JusPodivm.

Chiovenda, G. (1930a). Romanesimo e germanesimo nel processo civile. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* (181-224), v. 1. Roma: Società Editrice Foro Italiano.

Chiovenda, G. (1930b). Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* (379-394), v. 1. Roma: Società Editrice Foro Italiano.

Chiovenda, G. (1993). L'oralità nel processo civile moderno. *Saggi di diritto processuale civile*, v. III. Milano: Giuffrè.

Denti, V. (1970). L'oralità nelle riforme del processo civile. *Rivista di diritto processuale*, XXV, 1, 434-443.

Fedato, M. A., & Gonçalves, V. J. C. (2019). Processo eletrônico e o novo CPC: reflexões sobre o processo civil no meio digital. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO*, v. 2, N.º 2 (jul./dez.), 1-24.

Kochem, R. L. (2013). *O princípio da oralidade no processo civil do Estado constitucional*. Monografía presentada como requisito parcial para la obtención del grado de bachiller en derecho – UFRGS.

Löw, M. M. (2012). Da automatização à virtualização: a criação do processo eletrônico no Brasil. *Scire*, 18, 2 (jul.-dic.), 135-138.

Pegoraro Jr., R. B., & Tesheiner, J. M. (2016). O tempo do processo e o processo eletrônico. *Conpedi Law Review*, 1, 9, 165-181.

Pereira Campos, S. (2008). La reforma procesal civil en Uruguay. Los procesos ordinarios civiles por audiencias. *Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina* (pp. 181-280). (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, editor). Santiago: CEJA-JSCA.

Pereira Campos, S. (2017). *El sistema de justicia civil en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo.

Priori, G. (2010). Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano. *Themis*, 58, 123-143.

Stürner, R. (2013). Oralidade e escritura no processo civil europeu. *Revista de Processo*, 223, 111-130.

Vergel, A., & Cavani, R. (2019). ¿Audiencias judiciales virtuales? *La Ley – El Ángulo Legal de la Noticia*. Disponible en <https://laley.pe/art/9543/audiencias-judiciales-virtuales>

# **Debido proceso en tiempos de pandemia**

*Rafael Prado Bringas*  
Universidad de Lima

*Francisco Zegarra Valencia*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción

No cabe duda de que la pandemia ocasionada por la COVID-19 va a generar que cambiemos todos nuestros hábitos a corto y mediano plazo. Naturalmente, también cambiará la forma en que se desarrolla el proceso, especialmente el proceso civil.

En efecto, los protocolos de distanciamiento social para garantizar la bioseguridad y la salud de todos los ciudadanos, establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Gobierno central para enfrentar esta pandemia, han generado la imposibilidad de que los procesos civiles continúen su desarrollo de la manera en que solían realizarse. Ello se ve reflejado tanto en la manera en que las partes afrontan las causas judiciales, como en la gestión y administración de los procesos y expedientes en el Poder Judicial.

Así, por el lado de los litigantes existirá una imposibilidad de presentar escritos mediante la mesa de partes tradicional del Poder Judicial, de realizar impulsos de procesos directamente en el Juzgado/Sala y tener entrevistas presenciales con los jueces o vocales a cargo del proceso; e, inclusive, existirán impedimentos para realizar informes y audiencias presenciales.

Por el lado jurisdiccional y administrativo, los diversos locales del Poder Judicial no podrán funcionar a su máxima capacidad, el personal del Poder Judicial que atenderá al público deberá ser reducido al mínimo indispensable; hasta la forma en que el juez o los vocales interactúan entre ellos o con el personal a su cargo deberá cambiar, ya que no será posible que todos se encuentren en la misma oficina. La deliberación será virtual, sin duda.

Este hecho, sin embargo, en modo alguno debe tener como consecuencia que la justicia se paralice durante todo el tiempo que dure esta pandemia. Recordemos que el acceso a la justicia y a un proceso sin dilaciones indebidas constituyen derechos humanos reconocidos por diversos tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como por nuestra Constitución Política. Por ello, con razón se ha señalado que el servicio de la Justicia debe ser considerando como un servicio esencial (Priori, 2020).

En tal razón, en las siguientes líneas abordaremos cómo es que —desde nuestro punto de vista— la gestión del proceso judicial debe adaptarse a las actuales circunstancias a efectos de garantizar la continuación del servicio de justicia. Específi-

camente, abordaremos desde una perspectiva constructiva las principales reformas que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial viene propiciando para tales efectos, las cuales se encuentran ineludiblemente ligadas al gestionamiento del proceso de manera virtual.

Así, y como abordaremos a continuación, sin perjuicio de que consideramos positivas las medidas que se están tomando en el Poder Judicial a favor de conseguir la reactivación e impulso de los procesos judiciales, especialmente en los procesos civiles, no debemos soslayar que tales medidas no pueden significar una reducción de los derechos procesales y sustantivos de los justiciables, ya que por y para ellos existe la justicia (Ariano, 2006, p. 3).

Finalmente, conviene precisar que este artículo no tiene como finalidad hacer un análisis exegético de cada una de las resoluciones administrativas que ha emitido el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, razón por la cual estas no serán citadas, sino que lo que se pretende es, por lo menos, incentivar el debate con relación a cuáles son las garantías mínimas<sup>1</sup> en el marco de un sistema de tutela de derechos que deben ser respetadas por cada una de las principales reformas que se vienen promoviendo con relación a la forma en que se gestiona y administran los procesos civiles.

## **2. El gerenciamiento de los procesos y el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC) para reactivar la justicia civil**

El contexto en el que nos encontramos ha generado que el Poder Judicial se vea ante un reto único: reactivar los procesos judiciales de la manera más rápida posible y con la mínima ayuda de los otros poderes del Estado. En efecto, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo encabezan la batalla contra el COVID-19 en todos los demás sectores, tales como en lo relacionado con la salud, la economía, el ámbito laboral o el educativo.

Este hecho implica que, a corto y mediano plazo, no exista una posibilidad de realizar cambios sustanciales en el proceso civil, ni de ampliar el presupuesto del Poder Judicial. Ello no solo porque las medidas que requieren ser tomadas no permiten que podamos encontrarnos ante un escenario en el que podamos debatir e implementar una reforma integral del servicio de justicia, como lo implicaría la dación de un nuevo Código Procesal Civil, sino también porque no existe la posibilidad en estos momentos de que se transfiera un presupuesto adicional al Poder Judicial.

Lo señalado, sin duda alguna, limita las posibilidades de actuación de este poder del Estado; sin embargo, no las elimina. Por esta razón, el Consejo Ejecutivo del

---

1 La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido clara al señalar que «199. [...] para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[al]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial” (cfr. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido proceso / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana [GIZ]. San José, 2020, p. 15).

Poder Judicial está tomando una serie de medidas destinadas a mejorar la gestión de la administración de justicia.

Las actuales resoluciones emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial intentan optimizar la eficiencia del proceso a efectos de enfrentar las consecuencias que genera la pandemia originada por el COVID-19. En resumidas cuentas, lo que estas resoluciones buscan es mitigar las consecuencias que producen en el desarrollo de los procesos judiciales las medidas de distanciamiento social y, a su vez, garantizar la salud del personal jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial, así como la de los litigantes y la de las partes procesales.

Estas medidas de gerenciamiento a nivel macro de la administración de justicia constituyen una de las caras de lo que se denomina el *case management* (Pérez, 2018, p. 267),<sup>2</sup> definido este como «un instrumento de eficiencia que permite que los diversos objetivos del sistema de justicia puedan concretarse en los procedimientos» (García, 2019, p. 200).

Esta herramienta de administración de procesos —cuyas bases no se encuentran en el derecho sino en las ciencias de la administración— se originó en Europa y encontró su maduración en las Civil Procedure Rules de Inglaterra emitidas en 1999, que tenían como objetivo «asegurar un tratamiento justo, económico y expedito para todos los casos, bajo un efecto de proporcionalidad» (García, 2019, p. 180), ya que «tras este ideal se encuentra la noción de justicia distributiva, que exige que los limitados recursos de la justicia deban ser justa y equitativamente distribuidos, lo que implica que el interés del caso individual deba equilibrarse con el interés público de asegurar a todos los litigantes una parte efectiva y equitativa de los recursos del sistema» (García, 2019, p. 181).

Así, mediante el *case management* lo que se busca es garantizar la eficiencia del proceso, entendido este como «la correcta regulación y administración de un proceso en concreto, pero sin desatender una proyección en la administración sistemática de la masa eventual y carga de procesos civiles, [...] tomando en cuenta la asignación, para cada caso, de una parte apropiada de los recursos de una corte, con respecto a los recursos que le corresponderían a otros casos» (Pérez, 2018, p. 256).

Conforme se desprende de lo expuesto, el punto de partida del *case management* como herramienta de gestión de la administración de justicia es la escasez de recursos, para, de esta manera, encontrar en todo proceso de reforma o mejora la maximización de aquellos, con el propósito conseguir el mejor resultado pretendido, que en el presente caso se traduce en la reactivación y mejoramiento en la gestión de los procesos civiles bajo las condiciones impuestas por el distanciamiento social.

Al respecto, conviene señalar que de manera previa al inicio de esta pandemia ya venían siendo implementadas determinadas medidas que empleaban las tecnologías de información y comunicación (TIC) como herramientas idóneas para el gestiona-  
miento de procesos.

Como sabemos, desde hace casi media década el Poder Judicial se encuentra apostando por las TIC como mecanismos que permitan generar mayor eficiencia

---

2 La otra cara constituye los poderes de dirección e impulso de proceso que se le otorgan al juez en un determinado caso.

en el proceso civil, reduciendo mediante estos una serie de externalidades que genera una gestión tradicional del proceso, tales como tiempos muertos entre actos procesales, falta de acceso al proceso y a la información con la que este cuenta de manera rápida y oportuna, falta de transparencia y demás costos producto de una mala administración de tareas dentro del despacho judicial.

Mediante las TIC se afectan las cortes —y el proceso— de dos maneras: (i) porque ayudan a implementar, refinar y optimizar las tradicionales maneras de trabajar; y, (ii) porque permiten reemplazar y revolucionar hábitos de trabajo adicionales y establecer cambios radicales (Susskind, 2019, p. 44). Por ello, mediante el uso de las TIC:

se producirá un impulso de los principios de eficacia y eficiencia judicial ya que consiguiendo una Administración de Justicia electrónica se aumentaría el número de servicios prestados actualmente, mejorando la calidad, racionalizando esfuerzos y recursos, así como abriendo nuevos canales de actuación, comunicación e información accesibles para todos los operadores jurídicos y los ciudadanos, al tiempo que se colmaría la necesidad de aumentar esta eficacia y celeridad en la respuesta judicial. Pues garantiza una justicia rápida, de calidad y eficaz, con una información y servicios integrados que posibiliten, además, la interacción con los operadores jurídicos y el ciudadano. (Bueno de Mata, 2014, p. 35)

Así, las TIC constituyen la herramienta idónea para garantizar la reactivación e impulso de los procesos civiles en los actuales tiempos de pandemia, ya que garantizan las medidas de distanciamiento social, al permitir que los funcionarios jurisdiccionales y administrativos realicen teletrabajo, y que los litigantes no tengan que movilizarse para presentar documentos o realizar otras actividades procesales.

Sin embargo, las TIC por sí solas no pueden garantizar la reactivación e impulso de los procesos civiles, toda vez que únicamente constituyen una herramienta, y su aplicación requiere, además de presupuesto, de directivas claras y simples que permitan garantizar su correcto uso por parte del personal jurisdiccional y administrativo.

Y es debido a lo expuesto que el *case management* como herramienta macro de gestionamiento de la administración de justicia entra en juego, ya que su adecuado uso permitirá establecer reglas sencillas y objetivas que permitan el adecuado uso de las TIC como herramienta idónea para reactivar los procesos, y hacer frente a la pandemia originada por el COVID-19.

Así, si el objetivo detrás de todas las medidas administrativas emitidas en el Poder Judicial es el de garantizar el distanciamiento social y la bioseguridad de toda persona que de una manera u otra se ve involucrada en el proceso, ello se puede lograr con la implementación de las TIC, de manera que no implique la suspensión y desaceleración de los procesos judiciales, y, por supuesto, de modo que permita maximizar los escasos recursos con los que la administración de justicia cuenta.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Para ser precisos, el Poder Judicial cuenta actualmente con un fondo para la implementación de las TIC en los procesos jurisdiccionales otorgado por el Banco Mundial; sin embargo, queremos hacer hincapié en que lo más probable es que toda esta evolución digital que se realice se haga sin un



### **3. Las garantías procesales en el marco del *case management* y el uso de las TIC**

Con base en las medidas que el Poder Judicial se encuentra tomando, una cuestión debe quedar clara: todas las directivas y protocolos que vienen siendo emitidos por el Poder Judicial se limitan a ser medidas para generar un adecuado diligenciamiento de los procesos judiciales y la administración de justicia, y en ningún caso una modificación del modelo procesal civil con el que contamos en la actualidad, menos aún una restricción de los derechos fundamentales de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

Recordemos que la Constitución establece una serie de garantías vinculadas al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, siendo una de ellas el derecho a no ser desviado de la jurisdicción y procedimiento predeterminado por ley.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho implica: «que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por ley, lo que comporta que dicha asignación debe haberse realizado con anterioridad al inicio del proceso y que tales reglas estén previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 139, inciso 3 y 106 de la Constitución» (STC N° 813-2011 PA. fj. 11).

Lo anterior es muy importante, porque nos permite conocer los límites de esta clase de medidas y protocolos que vienen siendo emitidos por el Poder Judicial; lo que a su vez permite que los operadores jurídicos puedan velar por las garantías mínimas del proceso. Recordemos que:

la realización de los procesos concretos no puede olvidar que sí importa, desde luego, el resultado del mismo, esto es, el contenido de la decisión judicial, también importa, y no por menos, el camino, el cómo se llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela de derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión). (Ariano, 2016, p. 881)

Dicho ello, conviene descartar de plano que el Consejo Ejecutivo pueda realizar modificaciones del modelo procesal establecido en el actual Código Procesal Civil; inclusive, de las normas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por más

---

presupuesto adicional por parte del Estado. Este desembolso de dinero, “contempla apoyar el diseño e implementación de nuevos modelos de administración de justicia y un sistema digital de causas judiciales (Expediente Judicial Electrónico – EJE) a nivel nacional, el cual proveerá mayores estándares de calidad para los ciudadanos y las empresas. Así mismo, impulsará el desarrollo de sistemas de gestión de rendimiento para el monitoreo y la evaluación de instituciones y la promoción de mayores niveles de integridad en el sistema judicial; la asesoría legal y servicios móviles de justicia o justicia itinerante para cerrar las brechas de acceso a la justicia por factores económicos, geográficos y culturales, con énfasis en poblaciones vulnerables y mujeres; y además, actividades de capacitación y gestión del cambio en las instituciones sectoriales de justicia”. Cfr. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/06/07/banco-mundial-aprueba-prestamo-para-elevar-eficiencia-y-acceso-a-servicios-de-justicia-con-tecnologia>

que haya buenas intenciones detrás de estas iniciativas, cuestión que no dudamos, de existir directivas o protocolos que contradigan o establezcan procedimientos o normas no establecidas en el código adjetivo o la Ley Orgánica del Poder Judicial, estos, sin lugar a duda, no podrán ser aplicados.

Lo anterior no solo porque estaría afectando el derecho constitucional a no ser desviado de la jurisdicción y procedimiento predeterminado por ley, con todas las garantías que ello involucra, sino además porque se estaría afectando el principio de independencia de los jueces, también establecido en la Constitución.

Al respecto, y sin perjuicio de las garantías específicas que deben ser tomadas en cuenta en cada uno de los principales protocolos que están siendo implementados en la actualidad, conviene hacer dos precisiones generales: (i) el *case management* no implica un reforzamiento o modificación de los poderes de dirección e impulso procesal establecidos en el Código Procesal Civil; y, (ii) no nos encontramos regulando un proceso judicial electrónico.

Como hemos señalado, una de las facetas del *case management* en su diseño y significado lo constituye el reforzamiento de los poderes de dirección e impulso del juez en un determinado proceso; lo cual no solo implica que el juez tenga mayores poderes de dirección de un caso concreto, sino que además tome en cuenta el equilibrio entre el tratamiento de un caso y la sustentabilidad de todo el sistema (García, 2019, p. 195).

Al respecto, se ha señalado que esta clase de dirección del caso «requiere también un poco de valentía política, por parte de los jueces, para “dirigir” y “controlar” la actividad de las partes. Esta dirección es ejercida, primero, a través de métodos y técnicas de persuasión, y a través de consensos y acuerdos entre las partes como una visión complementaria y contemporánea» (Pérez, 2018, p. 274); lo que implica «una superación y alejamiento del tradicional rol del juez, determinado por el carácter individualista y el contenido privado del proceso civil» (García, 2019, p. 200).

Sobre el particular, consideramos que esta faceta del *case management* no puede ser aplicada, y que las políticas de gestión de la administración de justicia se deben limitar a impulsar mejoras en la eficiencia del sistema de gestión de casos, pero en las cuales no estén implicadas normas procesales. Si bien el principio de dirección judicial se encuentra positivizado en nuestro Código Procesal Civil, este no es suficiente para que a partir de él se incorporen reglas procesales.

El principio de dirección procesal implica ubicar al juez en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema (Monroy, 2010, p. 306). Al respecto, se ha señalado que este principio tiene su límite en el principio dispositivo, toda vez que: «no puede negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego y tampoco permitir el aumento de los poderes del juez desconociendo el principio de aportación de parte» (Montero Aroca, Gómez Colomer & Barona Villar, 2014, p. 259).

Así, por ejemplo, las directivas de gestión deben limitarse a establecer lineamientos que permitan una mayor eficiencia en el uso de las TIC por parte de los operadores jurídicos; también establecer protocolos de manejo de estas herramientas y mejorar la forma en que los jueces o vocales gestionan y administran su despacho. Todo ello a efectos de permitir generar una mejora en el gerenciamiento de los casos judiciales.

Como hemos indicado, estas directivas no pueden incluir el incremento de los poderes de dirección al juez en la medida en que ello colisionaría con otros principios y normas que regulan el modelo procesal civil actual. Así, por ejemplo, sería de dudosa constitucionalidad que se establezca mediante resoluciones administrativas que los jueces pueden ofrecer propuestas conciliatorias a las partes, o requerir pruebas de oficio en los casos que una parte no haya cumplido con las cargas de acreditar los hechos que le corresponden, ya que ello atentaría contra el principio dispositivo e imparcialidad.

También serían normas de dudosa constitucionalidad aquellas que establezcan que el emplazamiento válido de demandas mediante el uso de correos electrónicos o casillas electrónicas, o que propongan al juez la realización de audiencias que no se encuentren establecidas en el Código Procesal Civil.

Por otro lado, y si bien es cierto que los protocolos que está emitiendo el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se refieren en gran medida a disposiciones que impulsan el uso de las TIC en el proceso judicial, ello no implica que nos encontremos ante lo que constituye un proceso judicial electrónico.

En este punto es preciso hacer referencia a los estudios realizados por el doctor Federico Bueno de Mata en España sobre el tema, quien distingue entre la *e-justicia* y el proceso judicial electrónico. Al respecto, señala que la *e-justicia* es entendida como aquellos casos en los que las herramientas informáticas son utilizadas por los órganos jurisdiccionales en el desarrollo de su actividad, sin que los actos procesales pierdan su identidad y sin hablar de un nuevo cauce para impartir justicia (Bueno de Mata, 2014, p. 47). Mientras que el proceso judicial electrónico es definido como aquel en que el uso de las TIC logra impregnar el proceso de forma global, con principios específicos al uso de las tecnologías en el proceso y con una estructura en la que todo esté digitalizado (Bueno de Mata, 2014, p. 64).

Si partimos de esta diferencia, no cabe duda de que en el Perú nos encontramos ante un caso de impulso de la *e-justicia*, mas no de un proceso judicial electrónico, hecho que tiene especial importancia, toda vez que, como venimos señalando, esta reforma no puede modificar, ni para bien ni para mal, el procedimiento y garantías establecidas en el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **4. El debido proceso en tiempos de pandemia**

Conforme hemos desarrollado, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se encuentra apostando por el uso de las TIC y la gestión a nivel macro de la administración de justicia para reactivar e impulsar la justicia civil. Ello en razón a que constituyen las herramientas más idóneas y expeditas para conseguir una gestión más eficiente de los procesos judiciales, de manera que permitan neutralizar los estragos originados por el COVID-19.

Gran parte de las medidas que vienen siendo adoptadas han tomado como sustento reformas graduales que venían siendo implementadas en el sistema de justicia en los últimos cinco años. Así, por ejemplo, tenemos que la pandemia encontró al Poder Judicial en plena implementación de las TIC, tales como la Consulta del

Expediente Judicial (CEJ), el Expediente Judicial Electrónico (EJE), el Servicio de Notificaciones Electrónicas (SINOE), la Mesa de Partes Electrónica (MPE), el Remate Judicial Electrónico (REMAJU), el Embargo Electrónico de Retención y el Embargo Electrónico de Inscripción.

El efecto que ha tenido el COVID-19 en las reformas que venían siendo implementadas ha sido forzar que su implementación tenga que realizarse de manera casi inmediata a nivel nacional. Evidentemente, no se logrará implementar estas reformas de un día para el otro en todos los juzgados y salas existentes en toda la república; sin embargo, esperamos que su implementación sea mucho más rápida que la que hubiese ocurrido en una situación de normalidad.

En tal virtud, y desde que se inició la pandemia en nuestro país, se han emitido varias resoluciones administrativas que tienen como principales objetivos los de: (i) reactivar los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial; (ii) garantizar la prestación y continuación del servicio de justicia; (iii) organizar el despacho y oficinas administrativas de manera que puedan gestionar los procesos judiciales de manera más eficiente; (iv) garantizar la salud del personal jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial, así como la salud de los litigantes y público en general; y, (v) cumplir con los protocolos de bioseguridad dictados por el Gobierno central.

Entre las principales medidas que estas resoluciones administrativas han optado se encuentran las siguientes: (i) el uso del Expediente Judicial Electrónico en todos los procesos judiciales en los que se pueda contar con este; (ii) el uso de la Mesa de Partes Electrónica y el Sistema de Notificación Electrónica en todos los procesos; (iii) la obligatoriedad del uso de Casilla Electrónica y del Servicio de Notificaciones Electrónica en todos los procesos judiciales en los que se pueda contar con esta herramienta; (iv) el uso del sistema de videoconferencias como herramienta para llevar entrevistas con jueces y vocales, e informes y audiencias; (v) el impulso del principio de oralidad; y, (vi) la implementación de protocolos de bioseguridad y salud.

Dicho ello, a continuación señalamos nuestras principales preocupaciones en lo que respecta a garantías procesales de las partes con relación a la implementación de cada una de estas medidas, salvo las relacionadas con los protocolos de bioseguridad y salud, toda vez que estas escapan del tema desarrollado en este artículo.

#### a) Expediente Judicial Electrónico (EJE)

El Expediente Judicial Electrónico constituye una herramienta que permite la gestión electrónica de todos los actos procesales que se realicen en el proceso. Esta herramienta constituye el elemento esencial de la *e-justicia*, que permitirá iniciar con posterioridad una transición hacia un proceso judicial electrónico.

El EJE no constituye una herramienta particular, sino la suma de todas las herramientas electrónicas que se utilizan en el proceso, así como de las directivas de gestión que se emiten con relación al uso de estas tecnologías.

Dicho ello, y en razón a que trataremos de manera particular cada una de las herramientas que engloba el EJE, en este apartado nos enfocaremos en desarrollar

el expediente electrónico, entendido este como el legajo electrónico en el que se encuentran las distintas actuaciones de las partes y del órgano judicial que se emiten en un determinado proceso.

Para empezar, conviene señalar que la ventaja de la utilización de esta herramienta es que permite el acceso remoto a todo el expediente judicial, eliminando la necesidad de tener una copia impresa de él, o de contar con un archivo para su depósito. Este hecho facilita la revisión del expediente tanto por las partes como por el personal jurisdiccional. Así mismo, permite eliminar la burocracia que existía en el trámite para remitir un determinado expediente judicial de un órgano jurisdiccional a otro.

A su vez, el EJE conlleva una ventaja en materia de transparencia, toda vez que permite el acceso público de todos los actos procesales, incluyendo los realizados por las partes, hecho que facilita el control de los actos jurisdiccionales, pues permite tener acceso a los actuados que los originan. Este último punto es muy importante, ya que anteriormente el público en general solo podía acceder vía web a las resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional a través de la Consulta de Expediente Judicial (CEJ).

Con ello, podemos señalar que se da un cumplimiento cabal a la garantía constitucional de «publicidad en los procesos, salvo disposición contraria por ley», precepto constitucional que tiene por finalidad «por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída del control público y, de otro lado, mantener la confianza de la sociedad en los Tribunales» (Priori, 2013, p. 74).

Esto último también podría ser visto como una desventaja en determinados casos, ya que al permitir el acceso al público en general a todos los actos procesales existe el peligro de exponer determinada información que por su naturaleza tiene que ser reservada. Así, por ejemplo, podría existir el peligro de filtración de información tributaria reservada, o sensible para la intimidad de determinadas personas.

Por ello, consideramos que el uso del EJE debe garantizar el adecuado tratamiento y procesamiento de información sensible, información que por su naturaleza no debería estar disponible al público en general. Inclusive, recordemos que la Constitución establece como regla la publicidad salvo disposición contraria.

A su vez, esta herramienta debe garantizar que existan los elementos necesarios para reproducir estos archivos en todos los órganos jurisdiccionales, y garantizar a su vez su inviolabilidad absoluta y su no manipulación, conservando su integridad y evitando de esa manera el repudio de su uso. De lo contrario, estaríamos ante el equivalente virtual de «arrancar un folio del expediente».

Por otro lado, existe el inconveniente de que su implementación en todos los procesos judiciales que se encuentran actualmente en trámite es altamente costosa, ya que su adecuada puesta en marcha no solo implica escanear documentos para que estos tengan sustento informático, sino además garantizar que estos documentos permitan el Reconocimiento Óptico de Caracteres, denominado también como OCR por sus siglas en inglés (Optical Character Recognition).

Por el contrario, la implementación de esta herramienta en procesos nuevos es mucho más sencilla y menos costosa, dado que en estos casos las partes son las responsables de ir subiendo paulatinamente sus escritos al EJE y en formato OCR.

Finalmente, conviene señalar que las circunstancias actuales exigen que su implementación se realice con mayor rapidez. Por ello, se le debe dar prioridad a su implementación en aquellos expedientes que demuestren encontrarse activos.

Para ello, actualmente existen disposiciones que señalan que los expedientes en los que se haya emitido sentencia en segunda instancia y en los cuales se haya interpuesto recurso de casación, se deberá realizar la digitalización del expediente físico a efectos de remitir este a la Corte Suprema de la República. Estamos seguros de que esta disposición se duplicará con relación a los casos en los que los expedientes culminen con sentencia de primera instancia y deban ser remitidos a segunda instancia.

#### b) La Mesa de Partes Electrónica (MPE)

La MPE constituye la herramienta implementada con el objetivo de que las partes presenten virtualmente escritos judiciales en el proceso. Así, a través de esta se garantiza una presentación remota de escritos judiciales, hecho que indudablemente tiene una serie de ventajas en tiempos en los que existe distanciamiento social obligatorio y en los que se quiere reducir el aforo de personas en un determinado lugar.

La implementación de esta herramienta ha sido realizada primigeniamente para aquellos procesos en los que se encuentra habilitado el EJE. Ello en razón de que a través de estos procesos ya existe el sistema necesario para garantizar que las personas que presenten un determinado escrito sean las que efectivamente dicen ser; toda vez que ya se cuenta con software REFIRMA y la utilización del Documento Nacional de Identidad electrónico.

La utilización de la MPE puede conllevar, sin embargo, problemas con relación a una adecuada tutela al derecho al acceso a la justicia. Y ello porque en el Perú existe una considerable brecha digital que impide a un mayoritario grupo de personas, y a sus abogados, poder acceder a este sistema a efectos de presentar escritos.

En ese sentido, a pesar de que es necesaria la implementación de esta herramienta, se deben tener en cuenta las brechas digitales existentes; y, por tanto, la presentación de escritos a través de la MPE no debe ser excluyente de la presentación de escritos presencial. Recordemos que de lo que se trata es de generar facilidades a las partes a partir del uso de la tecnología, y no al revés. Esta herramienta debe servir, por ahora, como un medio adicional para conseguir el descongestionamiento de las mesas de partes, o los Centros de Distribución General (CDG) existentes.

Actualmente la implementación de la MPE ha avanzado, en tanto que no son pocas las Cortes Superiores del país que ya han realizado su implementación. A su vez, conviene precisar que la presentación de escritos, particularmente demandas, a través de este medio, también se encuentra habilitada para expedientes que no cuenten con EJE.

Sobre este tema, conviene hacer una precisión, ya que, según las actuales directivas en los casos en los que se presenten escritos en procesos en los que no se cuente con EJE, la parte o abogado que autoriza su presentación debe ratificar la autenticidad del escrito, presentando un nuevo escrito de manera presencial. Esto, a nuestro juicio, neutraliza los efectos de la habilitación de la MPE, ya que de nada



sirve presentar un escrito de manera virtual si luego este va a tener que ser presentado de manera física.

Otro tema importante a tener en cuenta es que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, los escritos postulatorios deben presentarse tanto en formato físico como en digital. Sobre este extremo, las directivas emitidas por el Poder Judicial han guardado silencio. Por ello consideramos que todavía existe la obligación de presentar los actos postulatorios de manera física, ya que una resolución administrativa no puede modificar o dejar sin efecto lo establecido por la citada ley orgánica.

Finalmente, conviene señalar que la implementación de una MPE debe permitir la interoperabilidad de todos los sistemas de información. El objetivo final de su utilización ha de ser conseguir una ventanilla única y centralizada, en la que se puedan presentar escritos en todos los Juzgados y Cortes del país.

Es por esto último que vemos algunos inconvenientes en que se habiliten direcciones electrónicas específicas para la presentación de escritos en un determinado Juzgado o Sala. Al margen de que estos sistemas no permiten acreditar que las personas que presenten escritos sean las que realmente señalan ser, se encuentra trasladando al ciudadano la carga de conocer todas las direcciones de los Juzgados y Salas que habiliten correos electrónicos como mesas de partes virtuales, hecho que finalmente agravaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

#### c) La Casilla Judicial Electrónica y el Servicio de Notificaciones Electrónicas (SINOE)

La Casilla Judicial Electrónica constituye el domicilio electrónico en el cual se puede notificar válidamente a las partes de un determinado proceso. El domicilio electrónico constituye el domicilio procesal de las partes en el proceso.

La correcta notificación de las resoluciones se encuentra intrínsecamente vinculada al derecho constitucional de defensa, toda vez que mediante este se garantiza que «quienes participen en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo, oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan» (STC N° 748-2012 PA. fj. 3).

Los beneficios de su utilización son innegables, ya que permiten eliminar los tiempos muertos del proceso y, a su vez, eliminar todos aquellos problemas relacionados con la correcta notificación física de los actos procesales. Ello permite además generar certeza respecto de la transparencia del acto de notificación.

Esta herramienta viene siendo implementada en los procesos civiles desde el año 2014, fecha en la cual se modificó el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial para establecer la obligatoriedad de su uso en los casos en los que los Juzgados y Salas utilicen el SINOE.

Al respecto, conviene precisar que la reforma del Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial para incorporar el uso de las casillas electrónicas y el SINOE en el proceso civil vino aparejada además con la positivización de garantías adicionales a favor de los justiciables a efectos de no generar indefensión alguna.

Las principales garantías incorporadas son dos: (i) que la notificación electrónica surta efectos desde el segundo día siguiente en que ingresa a la casilla electrónica; y, (ii) la obligatoriedad de que el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía, la medida cautelar y la sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia, deban ser notificados mediante cédula física.

Estas garantías adicionales han sido establecidas así por el legislador en el entendimiento de querer otorgar mayor certeza con relación a la notificación de determinados actos procesales. Así, con relación a la segunda garantía, el legislador ha entendido que los actos procesales a los que se hace referencia representan los más importantes en el proceso, razón por la cual requieren que se asegure su notificación estableciendo la obligatoriedad de su notificación física.

Estas garantías, a nuestro juicio, no constituyen un elemento intrínseco de una adecuada notificación, ya que en la actualidad se puede garantizar la idoneidad de las notificaciones electrónicas. Sin embargo, al haber sido incorporadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen elemento esencial del derecho al procedimiento predeterminado por ley; y este no puede ser desconocido.

Lo anterior conlleva que, a pesar de que nos encontremos ante un momento excepcional como una pandemia, no podamos obviar estas garantías establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial a favor de las partes.

En efecto, constituiría una vulneración al procedimiento prestablecido por ley el hecho de que se quiera dar por notificadas a las partes con los actos postulatorios, declaración de rebeldía, medidas cautelares, sentencias o autos que pongan fin a la instancia, mediante el SINOE. Por más que nos encontramos ante una circunstancia excepcional, sin una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial no podemos obviar o descartar la garantía de la notificación física de estos actos procesales.

Inclusive, nótese además que este hecho se agrava aún más cuando se quiere dar por notificado a una parte a pesar de que esta todavía no se ha apersonado al proceso y designado casilla electrónica. Esto podría ocurrir en los casos en que la parte demandante señale correo electrónico del demandado como domicilio, o se notifique al demandado en la casilla electrónica que la defensa del demandado suele utilizar.

En estos casos, adviértase, no solo estamos ante una trasgresión de las normas procesales, sino además de normas de carácter sustantivo. En efecto, el emplazamiento al demandado de un proceso civil debe realizarse a su domicilio, y este último se encuentra regulado por el Código Civil. En ese sentido, afirmar que el domicilio de un demandado lo constituye un correo electrónico o la casilla electrónica perteneciente a quien suele realizar su defensa sería atentar contra las normas sustantivas y modificar lo que el legislador ha querido que se entienda como domicilio.

Inclusive, nótese que ello desvirtuaría además las garantías del SINOE, toda vez que la utilización de este servicio tiene su fundamento en que las partes han designado específicamente en un determinado proceso una casilla electrónica, cuya designación expresa y utilización permiten generar certeza con relación a la validez de una determinada notificación electrónica, tanto por su emisión como por su recepción.



d) Videoconferencias para llevar a cabo entrevistas, informes orales y audiencias

Un primer punto que conviene recordar es que la videoconferencia no se limita al uso de la *webcam*, sino que implica un sistema «especialmente dirigido a cumplir la función de mantener una conversación a tiempo real con otro sistema receptor de videoconferencia por el que se consigue una calidad de imagen y de velocidad cuasiperfecta» (Bueno de Mata, 2014, p. 167).

Actualmente el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha habilitado la posibilidad de permitir que las partes y sus abogados puedan programar una entrevista con los jueces mediante este medio. Así mismo, ha establecido que el uso del sistema de videoconferencia constituirá un elemento esencial para la reactivación de los procesos civiles, ya que mediante este se realizarán los informes y audiencias, evitando así que las personas deban movilizarse hacia la sede del despacho judicial.

Como sabemos, los sistemas de videoconferencias favorecen además la realización de las audiencias en los casos en los que las personas no se encuentren en la misma ciudad o jurisdicción que el órgano jurisdiccional. Así:

una de las principales ventajas que presenta el sistema de videoconferencias es que se configura como un complemento del auxilio judicial, nacional e internacional. La aplicación de la videoconferencia puede contribuir a agilizar la tramitación del proceso porque permite la eliminación de las dilaciones originadas por la utilización del auxilio judicial, nacional o internacional, cuando la persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional. De hecho la utilización de esta nueva tecnología permite incluso un mayor cumplimiento de las exigencias del principio de inmediación por cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce el asunto presencie personalmente la práctica de la prueba. (Bueno de Mata, 2014, p. 169)

Sobre las audiencias de actuación de pruebas, conviene hacer varias precisiones particulares que no pretendemos agotar en esta oportunidad, en tanto es el tema que más complicaciones puede traer en desmedro de los derechos procesales de las partes, como el de contradicción e inmediación.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional parece haber zanjado la discusión hace un buen tiempo al señalar que:

el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente ‘no se encuentre presente físicamente’ una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación. (STC 2738-2014 PHC, fj. 20)

De hecho, recientemente el Tribunal Constitucional ha modificado su reglamento interno posibilitando la realización de audiencias de manera remota.

Al respecto, tal como hace especial referencia el máximo intérprete de la Constitución, el uso del sistema de videoconferencia no vulnera *en abstracto* el principio de inmediación, y también podríamos decir lo mismo del principio de contradicción; sin embargo, ello no es óbice para que una particular regulación o un informe o audiencia específica no vulneren ambos principios.

El principio de contradicción en el proceso impone un mandato al legislador, y también al juez, a efectos de que «regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución [cualquier resolución] que debe dictar el órgano jurisdiccional» (Montero Aroca, Gómez Colomer & Barona Villar, 2014, p. 246). Por ello:

la posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan. (STC Nº 579-2013 PA, fj. 5)

Por otro lado, el principio de inmediación garantiza que:

el juez que deba pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe obtener su convicción, es decir sea aquél que haya entrado en directa relación con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de tal manera que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los lugares etc., en base a la inmediata impresión recibida, y no en base a un informe ajeno. (Chiovenda. 1993, p. 30)

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

de acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria. (STC 2201-2012 PA, fj. 5)

De lo anterior se desprende que, siempre y cuando se regule mediante el sistema de videoconferencias un informe oral o audiencia de manera que permita al juez tener contacto con la prueba, y a las partes ejercer su derecho a la contradicción, no se vulneran ambos principios. Y por ello consideramos que su sola incorporación como herramienta no atenta en abstracto con los citados principios.

Sin embargo, ello puede cambiar si analizamos de manera particular cada caso en concreto atendiendo a sus particularidades. Así tenemos, por ejemplo, las declaraciones testimoniales de testigos y partes. Y ello porque el uso del sistema de videoconferencia no garantiza *per se* que la persona que declara o que se encuentra en un determinado interrogatorio no se vea ayudada por personas ajenas o tenga

indicaciones en tiempo real sobre lo que tiene que decir o no decir. Además, recordemos que el uso del sistema de videoconferencia disminuye la capacidad del juez y de las partes de procesar adecuadamente el lenguaje no verbal, la narrativa y, en detalle, todas las manifestaciones derivadas del discurso del interrogado.

Estos hechos, de darse, pueden traer una serie de cuestionamientos válidos al empleo del sistema de videoconferencias en el proceso civil. Por eso el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha establecido que en determinados casos justificados se puede citar a determinadas personas a efectos de que se encuentren de manera presencial en el informe oral o audiencia. Una medida que podría ser la más correcta en las actuales circunstancias, lo que no significa que sean las más adecuadas desde las ventajas que nos ofrece la tecnología. Sin duda, este es uno de los espacios donde las prácticas deberán evolucionar a partir de la propia experiencia de los verdaderos protagonistas en este nuevo escenario virtual.

La citación a la que hacemos referencia no implica obligatoriamente que todos los sujetos que intervienen en la audiencia deban encontrarse presentes, sino únicamente el juez y la persona a declarar, a efectos de que ello permita percibir de manera total la comunicación de la persona que declara. Todos los demás podrían participar de la audiencia mediante el uso del sistema de videoconferencia.

Finalmente, conviene señalar que las directivas sobre el uso de los sistemas de videoconferencia no han desarrollado cómo es que el juez o los vocales podrían (no deben) valorar la existencia de fallas de conectividad con relación a las partes o inclusive las fallas de conectividad del propio órgano jurisdiccional. Este hecho es muy importante, porque se podrían generar conductas estratégicas de mala fe, invocando la existencia de fallos de conexión, todo ello con el propósito de obtener tiempo adicional u omitir realizar determinadas precisiones y, en el peor de los casos, sembrar nulidades.

#### e) El principio de oralidad y la reforma procesal civil pendiente

En el año 2018, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó la creación y la puesta en funcionamiento del Módulo Civil Corporativo de Litigación Oral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. En el año 2019 hizo lo mismo en la Corte Superior de Justicia de Lima.

El objetivo de la implementación de estos módulos de litigación oral ha sido permitir al juez la realización de varias audiencias en la tramitación del proceso (particularmente en primera instancia), a efectos de que pueda concentrar actos procesales, resolviendo determinadas cuestiones de manera directa y con las partes y abogados presentes, y, con ello, lograr un mayor impulso al proceso. Así se ha querido, además, reforzar el rol de director del juez en el proceso.

Esta reforma no se limitó a señalar que debían realizarse un mayor número de audiencias en el proceso: también apostó por una reforma del gestionamiento del despacho judicial, estableciendo que determinadas funciones administrativas debían ser realizadas por los secretarios judiciales, optando así por la subespecialización de funciones dentro de un órgano jurisdiccional y generando mayor eficiencia con relación al uso del tiempo del juez y de sus colaboradores.

A su vez, esta reforma estaba muy vinculada al uso de las TIC en el proceso, ya que se señaló que las audiencias debían ser grabadas, y estas debían estar disponibles para su consulta por parte del juez y las partes en el proceso.

Conforme se desprende de lo expuesto, esta reforma procesal no se limitó a establecer una política macro de gestión de la administración de justicia, sino que además implicaba agregados al modelo procesal civil con el que contamos, ya que apuesta por la realización de las audiencias de conciliación y saneamiento que no se encuentran establecidas en el Código Procesal Civil (que de hecho fueron derogadas), y por el reforzamiento de la figura del juez como director del proceso.

En aquella oportunidad, y de manera previa a que se iniciara la pandemia, habíamos hecho referencia a que la incorporación de mayores audiencias en el proceso civil podía ser un contrasentido, por el hecho de que no existían aún las condiciones económicas y administrativas para garantizar su eficiencia. Y ello principalmente porque una reforma de este calibre, que además debía ser establecida en el Código Procesal Civil, implicaba un condicionamiento presupuestal y administrativo de gran envergadura, razón por la cual considerábamos que era más conveniente que únicamente se realice una sola audiencia (la audiencia de pruebas), y que todos los esfuerzos económicos y administrativos se concentren en reforzar la eficiencia de esta (Prado, Zegarra, 2019).

Aquellas inquietudes que teníamos en el 2019 con relación a la eficiencia de la vuelta a un modelo de gestión del proceso con base en audiencias se han visto incrementadas en razón de la pandemia. Y es que ahora el Poder Judicial no solo tiene que tomar en consideración el presupuesto e implementación de este sistema, sino además debe tener en cuenta las demás herramientas que hemos analizado, y que permitirían la reactivación de la justicia civil.

Dicho ello, consideramos que la vuelta a un proceso civil oral debe ser un elemento esencial a tener en cuenta en una futura reforma integral del proceso civil, más aún porque está intrínsecamente vinculada al uso de las TIC en este proceso (Bueno de Mata, 2014, p. 34). Sin embargo, actualmente la implementación de esta reforma no puede condicionar la implementación de las reformas tecnológicas que actualmente viene realizando el Poder Judicial, ya que si la oralidad es necesaria, todas las demás reformas son imprescindibles.

Finalmente, concluimos haciendo referencia a lo señalado por Alcalá Zamora en el año 1972, en lo que respecta a que:

la oralidad por sí sola no extirpa de raíz los males del enjuiciamiento. Es más, sino se le encuentra en debida forma, lejos de corregir yerros e inconvenientes, será ella misma causa de graves daños, tan temibles varios como los peores del procedimiento escrito. La oralidad ha de plantearse como una de las finalidades a satisfacer por una buena reforma procesal, pero no como la única y ni siquiera como la principal o más urgente. (Alcalá-Zamora, 1972, p. 10)

## 5. Conclusiones

No cabe duda de que el proceso debe ser dúctil, y así como se adapta y adecúa para brindar una apropiada tutela jurisdiccional efectiva a los derechos materiales que están en juego en un determinado proceso, lo debe hacer con relación a las circunstancias actuales.

En ese sentido, siempre que todo cambio o mejora en el sistema de justicia apueste por un gerenciamiento eficiente de los recursos administrativos y económicos, tendremos resultados concretos y objetivos.

Como hemos descrito, el camino que han tomado las autoridades de gobierno del Poder Judicial peruano, a partir de los beneficios que nos ofrece la tecnología, deberá ajustarse a las necesidades del mayor número de personas, a través de la implementación de políticas que generen mayor inclusión e igualdad.

Así, y si bien es cierto se están implementado las herramientas necesarias para la reactivación e impulso de los procesos civiles, no debemos olvidar que su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales debe garantizar el respeto de los derechos procesales de las partes. Y es que de nada servirá implementar herramientas idóneas si estas afectan las garantías mínimas del debido proceso.

Finalmente, los cambios normativos deben buscar un equilibrio entre el derecho a la salud de todos los que participan en el sistema de justicia y el derecho de las partes a un proceso sin dilaciones y en un plazo razonable, porque de lo que se trata finalmente es de que todo cambio genere bienestar en un número mayor de personas *versus* el hecho de mantener el *statu quo*.

## Referencias

Alcalá-Zamora, N. (1972). *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Vol. 1. México: UNAM.

Ariano Deho, E. (2003). Un Código de fin de siglo: el Código Procesal Civil de 1993. En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.

Ariano Deho, E. (2016). El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía. En *In limine Litis*. Lima: Instituto Pacífico.

Bueno de Mata, F. (2014). *Prueba electrónica y proceso 2.0*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Chiovenda, G. (1993). Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra. En *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giffre.

García Odgers, R. (2019). El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XLI. (Sección Historia del Derecho Europeo). Valparaíso, Chile.

Monroy Gálvez, J. (2010) Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En *La formación del proceso civil peruano*. Escritos reunidos. Lima: Comunnitas.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J., & Barona Vilar, S. (2014). *Derecho jurisdiccional I. Parte general*. Valencia Tirant lo Blanch.

Pérez Ragone, A. (2018). La revaloración de la eficiencia en la justicia civil. En *XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cali: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Prado Bringas R., & Zegarra Valencia, F. (2019). Al César lo que es del César: sobre la oralidad y el proceso civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.º 74. Lima: Gaceta Jurídica.

Priori Posada, G. (2013). Comentarios al artículo 139 inciso 4 de la Constitución. En *La Constitución comentada*. Tomo III. (2.ª edición). Lima.

Priori Posada, G. (2020). El servicio de justicia debe ser considerado esencial. En: <https://elcomercio.pe/politica/justicia/giovanni-priori-el-servicio-de-justicia-debe-ser-considerado-esencial-en-la-crisis-entrevista-pj-derecho-civil-noticia/>

Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press.

## **Sentencias**

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 813-2011-PA.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 2201-2012- PA.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 748-2012-PA.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 579-2013-PA.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 2738-2014-PHC.

# **Innovaciones necesarias para los arbitrajes institucionales en el Perú**

*Marianella Ventura*

Centro Nacional e Internacional de Arbitraje  
de la Cámara de Comercio de Lima





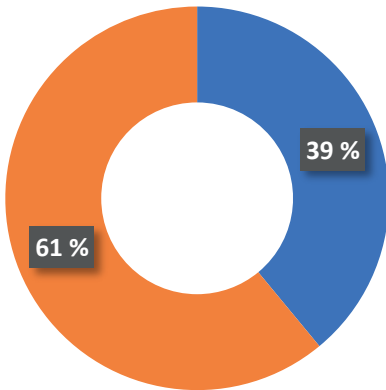
Los cuestionamientos de los que ha sido objeto el arbitraje en el Perú durante los últimos años, en particular a raíz de imputaciones de corrupción asociadas al caso *Lava Jato*, han evidenciado la necesidad de que la práctica arbitral incorpore mejoras orientadas a alcanzar mayor transparencia, institucionalidad y eficiencia. La actual pandemia del COVID-19 y las restricciones económico-sociales imperantes derivadas del estado de emergencia adoptado por el Gobierno nos han permitido identificar aún más oportunidades de mejora y proponer ajustes para poder trabajar eficazmente bajo la nueva coyuntura. El sistema arbitral, al igual que los distintos sectores económicos, se ve ante el reto de innovar sus modos de operar para continuar sus actividades y cumplir su misión de ser un mecanismo eficiente y célere de resolución de controversias.

En lo que respecta a la eficiencia del arbitraje, las innovaciones necesarias abarcan la forma de planificar, iniciar y conducir los procesos arbitrales, por lo que bien podrían abordarse mediante un replanteamiento integral. Es prioritario que abogados y árbitros reconsideren sus prácticas y costumbres, evalúen qué actuaciones arbitrales son indispensables y eficientes con fines de resolver la controversia, salvaguardando los derechos de las partes, y eviten demoras y gastos innecesarios. Una herramienta clave es la tecnología, que facilita digitalizar documentos y utilizar plataformas virtuales para agilizar las actuaciones arbitrales, pero requiere que usuarios, árbitros e instituciones arbitrales no solo incorporen su uso en las reglas y reglamentos, sino que promuevan activamente su empleo.

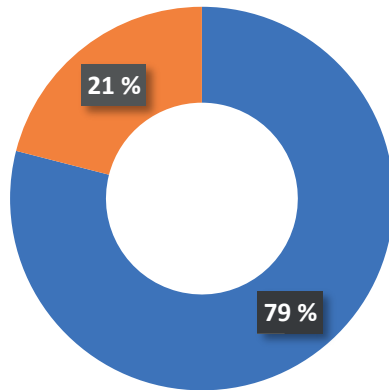
El Perú cuenta con una legislación arbitral moderna, que permite aprovechar las bondades de la tecnología, y algunas instituciones arbitrales del país han adecuado ya hace unos años sus reglamentos para reflejar estos alcances. A pesar de ello, la mayoría de arbitrajes domésticos se siguen tramitando de manera excesivamente formalista y emplean solo parcialmente medios digitales. Por ejemplo, tomando como referencia la información de los casos administrados por el Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (el Centro de Arbitraje CCL), al momento de la declaración del estado de emergencia: (i) solo en el 39 % de las reglas fijadas por los tribunales arbitrales exigen a las partes la presentación de sus escritos mediante correo electrónico (gráfico 1); (ii) en el 79 % de los casos se permite la notificación de las actuaciones por correo electrónico, con excepción de los laudos y sus resoluciones integrantes (gráfico 2); y, (iii) en el 83 % se esta-

blece que el laudo debe notificarse en físico, salvo disposición diferente del tribunal arbitral (gráfico 3).

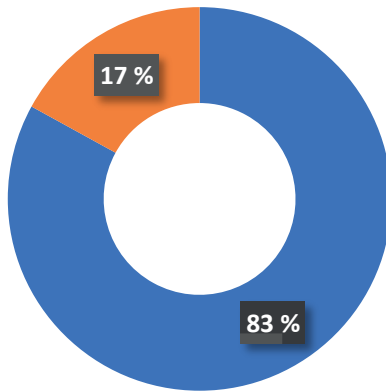
**Gráfico N° 1 - Reglas que exigen a las partes la presentación de escritos vía correo electrónico (39 %)**



**Gráfico N° 2 - Reglas que permiten/prevén notificaciones por correo electrónico (79 %)**



**Gráfico N° 3 - Reglas que establecen notificación del laudo en físico, salvo disposición diferente (83 %)**



Fuente: Centro de Arbitraje CCL.

Los motivos detrás de la resistencia de los usuarios del arbitraje a innovar sus prácticas arbitrales son diversos, e incluyen costumbre, desconocimiento, desconfianza o falta de *expertise* para utilizar la tecnología de la información (Chipana, 2019, p. 439). Puntos de quiebre como el que genera la actual coyuntura son una oportunidad propicia para promover que esto cambie.

¿Qué innovaciones podrían implementarse para optimizar las prácticas arbitrales y, a la vez, evitar que eventos de fuerza mayor, como la actual pandemia, impacten el desarrollo del arbitraje? Intentaré abordar esta pregunta planteando algunas

recomendaciones con el único interés de fomentar el debate académico, sea para mejorar estas propuestas o promover otras, desde la perspectiva de las siguientes cuatro fases clave en relación con un arbitraje: (i) etapa prearbitral, (ii) etapa inicial del arbitraje, (iii) el proceso arbitral, y (iv) la emisión del laudo.

#### (i) Etapa prearbitral

Existen algunas medidas que las partes pueden adoptar preventivamente para favorecer el desarrollo sin complicaciones ni paralizaciones de un arbitraje, incluso en caso de verificarse un evento de fuerza mayor.

Entre estas medidas, por ejemplo, se encuentra la de robustecer la cláusula de notificaciones del contrato que contiene el convenio arbitral. Si las partes designaran en el contrato direcciones de correos electrónicos con fines de eventuales notificaciones, aun si nos encontráramos ante un supuesto en el que resultase imposible realizar la notificación en físico de la solicitud de arbitraje, como ocurre actualmente debido a la orden de inmovilización obligatoria, se podría proceder con su notificación al correo indicado por el actual demandado. Además, para evitar cualquier cuestionamiento al respecto, sería recomendable que las partes se aseguraran de que en el convenio arbitral se precise que, a fines del arbitraje, serán válidas las disposiciones de la cláusula de notificaciones de su contrato.

Lo anterior se enmarca dentro de lo establecido por el literal 'b' del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1071 (la Ley de Arbitraje), según el cual será válida la notificación o comunicación realizada por *fax* u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada. En este sentido, también el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje CCL de 2017 (el Reglamento de Arbitraje CCL) dispone, en el artículo 3(1), que las partes son notificadas en la dirección física, postal o de correo electrónico acordada y, en el artículo 3(4), que las notificaciones y comunicaciones pueden efectuarse —entre otros— mediante correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación que deje constancia de su envío.

Para aquellas partes que no hubieran incluido en sus contratos cláusulas como las sugeridas, habiéndose verificado un evento de fuerza mayor, se podrá explorar la posibilidad de notificar la solicitud de arbitraje a direcciones de correos electrónicos brindadas por el demandante y esperar que el demandado responda. Caso contrario, será necesario que la situación se regularice para notificar la solicitud de arbitraje en físico, personalmente al destinatario o en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales, según lo establecido en la primera parte del literal 'a' del artículo 12 de la Ley de Arbitraje.

La actual pandemia ha evidenciado la imposibilidad de continuar con la tramitación de aquellos arbitrajes ya iniciados en los que la demandada era parte renuente y, conforme a la segunda parte del literal 'a' del artículo 12 de la Ley de Arbitraje, se le debe notificar en forma notarial al no poder perfeccionarse la entrega en los domicilios indicados por la ley para la notificación en físico. Una posible solución a tal

problema sería que las partes se obliguen contractualmente a «registrar» el convenio en la institución arbitral, para lo cual indicarían sus direcciones de correos electrónicos para fines de las notificaciones, obligándose expresamente a actualizarlas en caso cambien. Si dichas direcciones no fueran actualizadas, la notificación efectuada a los correos electrónicos señalados originariamente sería válida, permitiendo la continuación del arbitraje pese a verificarse el evento de fuerza mayor.

Adicionalmente, sería recomendable que las partes se obliguen contractualmente a contar con la información y documentación referida al contrato ordenada y digitalizada; de modo que, en caso de generarse la controversia, las partes no puedan frustrar el desarrollo del arbitraje si una alega que incurre en indefensión por no poder acceder a sus archivos.

#### (ii) Etapa inicial del arbitraje

Para iniciar un arbitraje institucional durante un evento de fuerza mayor, la institución arbitral escogida por las partes debe estar operativa y en capacidad de recibir la solicitud de arbitraje a través de una plataforma virtual o correo electrónico.

Tras revisar la solicitud, la institución deberá notificarla válidamente al demandado. Recibida la respuesta o vencido el plazo para ello, la institución arbitral podrá proceder con el arbitraje, activando el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros que compondrán el tribunal arbitral. Para superar las posibles dificultades referidas al envío de comunicaciones en físico ya mencionadas, será necesario que los árbitros también estén en capacidad y disposición de recibir y responder electrónicamente dichas comunicaciones, como la declaración de aceptación del cargo y revelación de eventuales conflictos de interés, y la carta de designación conjunta del presidente del tribunal arbitral. Las instituciones arbitrales deben promover entre sus árbitros la adopción de estas prácticas.

Del mismo modo, puede suceder que durante el procedimiento de conformación del tribunal arbitral resulte necesaria la intervención del Consejo o de la Corte de la institución arbitral, ya sea para confirmar a los árbitros designados, resolver recusaciones formuladas contra los árbitros, resolver solicitudes de incorporación de partes adicionales y excepciones u objeciones al arbitraje, entre otros. En tales supuestos, para que el arbitraje pueda continuar es indispensable que el Consejo o la Corte se reúna virtualmente para deliberar sobre los casos en la agenda. Por ello es muy importante que las instituciones arbitrales se adecúen a las nuevas necesidades para poder contar con mecanismos que les permitan ejercer sus funciones con regularidad.

#### (iii) El proceso arbitral

Constituido el tribunal arbitral, y luego de consultar con las partes, es recomendable que éste dicte la primera orden procesal con las reglas que se consideren más apropiadas para el caso, entre las que se deben incluir las referidas al uso de medios tecnológicos que agilicen la conducción del arbitraje. En cuanto a la notificación de escritos y comunicaciones, las partes deberían señalar direcciones de correos

electrónicos a tal fin. Así mismo, convendría establecer que la presentación de escritos y comunicaciones se realice exclusivamente a través de plataformas virtuales o correos electrónicos. Del mismo modo, sugiero especificar que la notificación de órdenes procesales, decisiones y comunicaciones del tribunal arbitral o de sus miembros, así como cualquier notificación a cargo de la institución arbitral, se efectuará exclusivamente por vía electrónica.

Con relación a las audiencias y conferencias entre las partes y el tribunal arbitral, en las reglas del arbitraje se podrá establecer la posibilidad de que sean no presenciales y se desarrollen mediante el uso de plataformas virtuales, videoconferencias, teleconferencias o cualquier otro medio de comunicación que cumpla tales propósitos. Las instituciones arbitrales deberán definir las plataformas virtuales y herramientas tecnológicas que estarán a disposición de las partes y de los tribunales arbitrales, en tanto administradores del arbitraje conforme al inciso 1 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje, y deberán promover su utilización para generar eficiencias y una adecuada gestión de los casos.

La realización de audiencias en forma virtual es la innovación que supone mayores retos para los usuarios del sistema arbitral. Los abogados tendrán que vencer al tribunal arbitral sobre su posición sin poder hacer uso del lenguaje no verbal de persuasión, debiendo replantear creativamente sus técnicas y explotando recursos virtuales. Además, los abogados deberán explorar medios alternativos para coordinar con inmediatez sus reacciones durante el desarrollo de la audiencia, por ejemplo, mediante el uso de *chats* paralelos. Los tribunales arbitrales deberán lograr que las audiencias cumplan su propósito, tutelando la igualdad de trato a las partes. Finalmente, los secretarios arbitrales deberán coordinar los temas logísticos referidos a la organización de la audiencia, asegurando la correcta citación e intervención de las partes, la grabación en video, entre otros.

Cuando sea necesario realizar una audiencia virtual para el interrogatorio o interrogatorio cruzado de testigos y peritos, el reto será mayor pues, adicionalmente, se deberá cuidar que la actuación de la prueba no se vea vulnerada por factores externos, como problemas técnicos en el uso de la plataforma virtual o que terceros contaminen la prueba. Para ello, se pueden implementar nuevos sistemas de control que aseguren las garantías necesarias para el adecuado interrogatorio de testigos y peritos; tales sistemas deben contemplar tanto aspectos tecnológicos (capacidad de internet, software y hardware) como organizacionales. Al respecto, diversas instituciones internacionales han emitido recientemente guías y protocolos, con carácter de *soft law*, con el fin de establecer las mejores prácticas para la realización de audiencias a través de videoconferencias en los arbitrajes. Entre tales instrumentos, se debe destacar el «Protocolo de Seúl para videoconferencia en el arbitraje internacional» emitido por el *Korean Commercial Arbitration Board* y la «Guía a los recursos tecnológicos para los practicantes del arbitraje» de la International Bar Association. La determinación de las guías o protocolos que se adoptarán en cada caso también podría estar incluida en la primera orden procesal.

La mayoría de reglamentos institucionales reconocen amplios poderes de dirección o conducción a los tribunales arbitrales que, sin embargo, tienen que ser contrastados con las necesidades de las partes (Cantuarias & Serván & 2019, p. 31).

Véanse, por ejemplo, a nivel nacional, los artículos 23(1) y 26(2) del Centro de Arbitraje CCL y, a nivel internacional, el artículo 24(3) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2017. Sobre la base de tales poderes, los tribunales arbitrales, luego de escuchar a las partes, pueden: (i) prescindir de la realización de audiencias si las pruebas fueran solo documentales o prescindir de pruebas no actuadas si se consideraran suficientemente informados; (ii) limitar el número y la extensión de los escritos que las partes podrán presentar; (iii) solicitar a las partes que establezcan conjuntamente la cronología de los hechos y los puntos controvertidos con el fin de reducir las cuestiones en disputa; entre otros (ICC Guidance Note, 2020, pp. 2-3).

Existe mayor debate entre los usuarios del arbitraje respecto de si los tribunales arbitrales pueden ordenar la realización de una audiencia virtual, pese a la oposición de una parte que insiste por su realización en físico. Por un lado, se podría alegar que el derecho de las partes de tener suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos y aquel de solicitar al tribunal arbitral la realización de una «audiencia», conforme al inciso 2 del artículo 34 y al inciso 1 del artículo 42 de la Ley de Arbitraje, excluyen dicha posibilidad. Sin embargo, ni la Ley de Arbitraje ni los principales reglamentos institucionales establecen que las audiencias deban ser presenciales y, por el contrario, imponen a los tribunales arbitrales el deber de conducir los arbitrajes de manera que permitan la resolución eficiente de las controversias, lo que muchas veces se traducirá en la necesidad de realizar una audiencia virtual. En línea con autores como Scherer, considero que los tribunales arbitrales pueden disponer la realización de una audiencia virtual pese a la oposición de una de las partes solo tras haber analizado cuidadosamente las circunstancias del caso concreto (Scherer, 2020, pp. 14-15); esto permitirá evitar el eventual cuestionamiento de la validez del laudo en función del literal 'b' del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

#### (iv) La emisión del laudo

La etapa de emisión del laudo no tendría por qué verse afectada por un evento de fuerza mayor. Será suficiente que los miembros del tribunal arbitral tengan a disposición los archivos del caso y cuenten con las herramientas tecnológicas que les permitan deliberar y redactar el laudo. La Ley de Arbitraje no requiere que el laudo sea firmado por todos los miembros del tribunal arbitral, siendo suficiente que, manifestadas las razones por la falta de firma de todos los miembros, lo firmen (incluso en forma digital) la mayoría de sus miembros o solo el presidente. Al igual que para las demás actuaciones arbitrales, la notificación del laudo y de eventuales resoluciones integrantes del laudo por parte de la institución arbitral podrá realizarse mediante correo electrónico siempre que así se hubiere recogido en las reglas del arbitraje.

Como he intentado describir, existen varias innovaciones que podrían implementarse para optimizar las prácticas arbitrales, no solo de cara a un evento de fuerza mayor, sino en general para promover arbitrajes más eficientes y alineados a las tendencias globales. Cualquier mejora que se introduzca requerirá, para su éxito, no solo el aprovechamiento de la tecnología de la información sino una actitud decidida de los actores arbitrales para evitar «judicializar» el arbitraje. El Perú, pese

a ser un país con muchísimo arbitraje, aún no alcanza los niveles internacionales porque hace falta un cambio de paradigma: las partes tienen que exigir un arbitraje moderno y eficiente, para lo que deben escoger instituciones arbitrales, abogados y árbitros cuyas prácticas arbitrales lo permitan y promuevan.

## Referencias

Cantuarias, F., & Serván, N. (2019). ¿Arbitraje procesal civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje. *Forseti. Revista de Derecho*, volumen 7, N.º 10, pp. 29-41. Lima.

Chipana, J. (2019). ¿Es posible tener un arbitraje cien por ciento *tech*? En *Derecho y nuevas tecnologías – El impacto de una nueva era* (pp. 413-440). Lima: Editorial Jurídica Themis.

D.L. N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje (2008).

ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic (2020). <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>

Scherer, M. (2020). Remote hearings in international arbitration: an analytical framework. Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper N.º 333/2020.

Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2017).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2017).

Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration. *Korean Commercial Arbitration Board* (2020). [http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm\\_notice\\_view.do?BBS\\_NO=548&BD\\_NO=169&CURRENT\\_MENU\\_CODE=MENU0025&TOP\\_MENU\\_CODE=MENU0024](http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024)

Technology Resources for Arbitration Practitioners. International Bar Association (2019). <https://www.ibanet.org/technology-resources-for-arbitration-practitioners.aspx>





# Leyes salvajes, suspensión de peajes y coronarbitrajes

*Fabio Núñez del Prado*

Yale Law School

Clifford Chance

---

\* Quedo enormemente agradecido a Jose Ignacio García Cueto y a Ignacio Suárez Anzorena por sus valiosos aportes durante distintas etapas de la elaboración de este artículo. Asimismo, agradezco profundamente las conversaciones enriquecedoras, los comentarios agudos, las lecciones y la crítica constructiva de Pablo Mori, Emily Horna, Andrés Álvarez Calderon y Hugo Forno. Sin embargo, cualquier error en que pueda haber incurrido únicamente es atribuible a mi persona. Este artículo es producto de intensas discusiones con amigos y algunas reflexiones que tuve a raíz de mi participación en el Webinar «Lo que el peaje se llevó: crónica de un arbitraje anunciado», organizado por Enfoque Derecho – THÉMIS el 18 de mayo de 2020. En: <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/27/lo-que-el-peaje-se-llevo-cronicas-de-un-arbitraje-anunciado/>



## 1. Introducción

En *El origen del gobierno civil*, David Hume escribió que «los hombres no son capaces de curar radicalmente esa estrechez del alma que les hace preferir el presente a lo remoto». No le falta razón. Por naturaleza los seres humanos somos inmediatistas. El cortoplacismo, sin embargo, podría ser una excusa válida para cualquier ciudadano, pero no para el Parlamento. Hume precisamente sostenía que era el Congreso —a través de debates parlamentarios— quien debía moderar los deseos impulsivos cortoplacistas de la población. Pero el Perú es el mundo al revés. El cortoplacismo, qué duda cabe, es sintomático del Congreso peruano.

Uno de los grandes problemas del Congreso es su ignorancia del derecho internacional. Piensan que el Estado es un ente omnipotente que, en virtud de prerrogativas como el *ius imperium*, tiene *carte blanche* para hacer lo que quiera. Esto no es verdad en el derecho interno, y menos en el derecho internacional.

Más allá de que el sistema mundial sea anárquico por naturaleza, lo cierto es que para el derecho internacional el Estado es, *mutatis mutandi*, un ciudadano cualquiera. Es libre de tomar sus propias decisiones. Pero, como cualquier ciudadano, no hay nada que lo haga más responsable que la libertad. Y es que el hecho de que el Estado tenga ciertas prerrogativas de *ius imperium* no lo blinda de responsabilidad internacional.

Los congresistas tampoco parecen entender que, salvo en situaciones excepcionales, para el derecho internacional el derecho interno es un hecho. Así, salvo en arbitrajes de inversión basados en un contrato —en cuyo caso el sistema correctivo del derecho internacional público es limitado—, las normas del sistema jurídico peruano son hechos. Y la ley que suspende el cobro de los peajes no es la excepción; lo es también.

Y así como un ciudadano puede incumplir sus contratos mediante hechos, los Estados pueden incumplir cláusulas de tratados mediante la promulgación de leyes. No sin razón especialistas de derecho internacional calificarían a la Ley N<sup>o</sup> 31018 como un hecho ilícito internacional. Esto explica, en gran medida, por qué es un principio del derecho internacional que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Este mandato se encuentra recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, como bien sugiere el artículo 27, «esta norma se entenderá sin perjuicio

Lo cierto es que si hay un virus que se ha llevado el segundo lugar en la competencia de pandemias, ese es el virus del populismo. Se escucha mucho últimamente que el actual Congreso es bastante peor que el anterior, y eso es mucho decir. Lo cierto es que el contexto actual no es ajeno a la pandemia del populismo. Hace algunas semanas el Congreso promulgó la Ley N° 31018 en virtud de la cual decretó la suspensión del cobro de peajes en la red vial concesionada durante el Estado de Emergencia Nacional. Esta es una de esas típicas normas que se hizo al revés: primero se elaboró la norma y luego su exposición de motivos. Como bien ha sido señalado por Belaúnde, en regulación el orden de los factores sí altera el producto.<sup>2</sup>

La razón de ser de la Ley N° 31018: populismo y clientelismo puro. Como los congresistas no asumen las consecuencias de las leyes que promulgan, no les importa. No les importa que innumerables autoridades del sector público y especialistas del sector privado no solo hayan denunciado la inconstitucionalidad de la ley, sino incluso hayan expresado su preocupación porque su promulgación podía implicar la responsabilidad internacional del Estado Peruano. Los congresistas hicieron, en buena cuenta, oídos sordos.<sup>3</sup> Como dice el refrán, no hay peor ciego que el que no quiere ver.<sup>4</sup>

Tan burdo ha sido el populismo camuflado de la Ley N° 31018 que las verdaderas motivaciones de los congresistas han sido desvestidas por especialistas extranjeros. Así, por ejemplo, Todd Weiler ha señalado recientemente en Global Arbitration Review que la ley que suspende el cobro de peajes *«is not the action of a responsible state but rather of “opportunistic politicians” attempting to shift the burden of an un-*

---

*de lo dispuesto en el artículo 46». Sobre este particular, el artículo 46 de la Convención de Viena señala que «(i) el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno; (ii) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.*

2 Muy acertada las frases de Sandra Belaúnde en *Perú.21*. Ver: <https://peru21.pe/opinion/miopia-regulatoria-noticia/?ref=p21r> (acceso: 15 de junio de 2020).

3 Nuestra crítica, para ser justos, no incluye al congresista que votó en contra de la promulgación de esta ley, y a los otros 25 que se abstuvieron. Hasta donde llega nuestro conocimiento, el voto en bloque de estos congresistas estuvo motivado, en gran medida, por su preocupación de que la Ley N° 31018 podía acarrear la responsabilidad internacional del Estado Peruano.

4 En una reciente columna publicada en *Perú.21* señalé: «No debería hacer falta enunciarlo, pero los congresistas tienen la obligación de crear leyes constitucionales. Resulta incomprensible que hasta el día de hoy estén facultados para promulgar leyes inconstitucionales sin ningún tipo de represalia. A fin de corregir esta situación, resulta preciso seguir dos recomendaciones de los premios Nobel de Economía Gary Becker (1992) y Ronald Coase (1991): jugar con los incentivos y la internalización de las externalidades. Propongo entonces que se multe a los congresistas por cada ley que sea declarada inconstitucional, y que sean ellos quienes asuman con sus sueldos las millonarias costas impuestas al Estado Peruano como consecuencia de una ley que sea considerada expropiatoria en un arbitraje internacional. Una medida radical como esa alinearía los incentivos, eliminaría el populismo en el Congreso y, yo les aseguro, las leyes necias —donde las nefastas consecuencias les han sido advertidas a los congresistas— brillarían por su ausencia» (en «La pandemia del populismo», *Perú.21*, martes 19 de mayo de 2020. En: <https://peru21.pe/opinion/guerra-avisada-no-mata-gente-mata-congresista-la-suspension-de-los-peajes-y-la-ley-necia-noticia/>).

*doubtedly popular measure onto a small group of businesses. “After all, who doesn’t like free stuff?”*».<sup>5</sup>

Pues bien, el propósito de este artículo consistirá, en primer lugar, en desnudar la inconstitucionalidad de la Ley N° 31018 y, luego, en brindar algunas pinceladas generales sobre las fortalezas y debilidades de los reclamos y defensas que potencialmente podrían articular las concesionarias viales y el Estado Peruano, respectivamente, en potenciales arbitrajes de inversión. En definitiva, este artículo concluye que, si es que no se adoptan cartas inmediatas en el asunto, el Estado Peruano podría estar enfrentando los primeros coronarbitrajes de la región.<sup>6</sup>

El presente artículo se estructurará de la siguiente manera: empezaremos por el principio, esto es, los hechos del caso. Luego, analizaremos la constitucionalidad de la Ley N° 31018 bajo el derecho peruano. Seguidamente, describiremos las alternativas de las concesionarias viales bajo el derecho internacional. Inmediatamente, realizaremos un análisis de la Ley N° 31018 bajo el derecho internacional de las inversiones y, en concreto, brindaremos algunas pinceladas generales con respecto a los principales reclamos y defensas que podrían articular las concesionarias viales y el Estado Peruano, respectivamente, en el marco de potenciales arbitrajes de inversión. Finalmente, culminaremos con algunas reflexiones.

## 2. Hechos relevantes

### 2.1. Los Contratos de Concesión y los Contratos de Seguridades y Garantías

Existen 96 peajes en el Perú: 78 que son parte de la red vial nacional de carreteras y 18 que son parte de la red vial local concesionada.<sup>7</sup>

---

5 Asimismo, Weiler también argumentó que «if the measure benefits society as a whole, the costs of adopting it should be borne by the country as a whole, rather than imposing it upon a handful on foreign concessionaires. [...] Because the toll law is aimed at making it easier for essential workers to travel to their jobs, as opposed to directly reducing a health risk, there is no manifest basis for imposing the cost of this measure on these toll road providers». Global Arbitration Review. *Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>

6 De hecho, recientemente la Presidente de OSITRAN, Verónica Zambrano, ha declarado que un concesionario vial ya ha manifestado su intención de iniciar un arbitraje contra el Estado Peruano como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 31018. Ver: <https://elcomercio.pe/economia/peru/coronavirus-peru-ositran-17-concesionarios-solicitaron-suspension-de-obligaciones-debido-a-la-pandemia-covid-19-nndc-noticia/> (acceso el 6 de junio de 2020). Al respecto, GAR ha reportado que «if filed, the claim would be the first known arbitration brought by an investor against a state over its response to the coronavirus pandemic – a possibility that has been subject of widespread speculation by practitioners». Global Arbitration Review. *Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>

7 Agradecemos el tiempo y la gentileza de la Dra. Emily Horna, especialista en derecho administrativo y arbitrajes, para explicarnos la estructura del funcionamiento de los peajes en el Perú.

Ahora bien, mientras que los peajes de la red vial concesionados son supervisados por la Municipalidad Metropolitana de Lima (Municipalidad de Lima) a través de Invermet,<sup>8</sup> y administrados por dos concesionarias privadas autosostenibles, en la red vial nacional la estructura es bastante más compleja.

Del total de 78 peajes que existen en la red vial nacional, 24 son administrados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de Provías Nacional, y 54 son administrados por concesionarias privadas. De esos 54 peajes, 32 son administrados por 10 concesionarias cofinanciadas, y 22 son administrados por 6 concesionarias autosostenibles de la red vial nacional.<sup>9</sup>

Estos 54 peajes administrados por concesionarias privadas son supervisados por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). De esta manera, OSITRAN supervisa 16 contratos de concesión de carreteras a nivel nacional, que permiten el crecimiento económico, conectando a las poblaciones más alejadas del país.<sup>10</sup> A continuación compartimos un mapa del Perú elaborado por OSITRAN que detalla las 16 carreteras concesionadas de la red vial nacional.

---

8 El Fondo Metropolitano de Inversiones (INVERMET) es un Organismo Público Descentralizado de la Municipalidad Metropolitana de Lima, dedicado al financiamiento y ejecución de proyectos y obras en nuestra ciudad. Cuenta con personería jurídica y autonomía administrativa, económica y financiera; cumple funciones establecidas en su Ley de creación, sus modificatorias, ampliatorias y/o conexas, así como su Reglamento aprobado por Acuerdo de Concejo N° 083 y la Ley Orgánica de Municipalidades.

9 De acuerdo con información suministrada por la Dra. Emily Horna, tanto los peajes de Ticlio como el de Mocce se encuentran suspendidos. Ver: <https://canaln.pe/actualidad/peajes-concesionarias-iirsa-norte-iirsa-sur-anunciaron-reajuste-sus-tarifas-n401878>. Ver también: <https://gestion.pe/economia/deviandes-presento-solicitud-de-trato-directo-internacional-por-peaje-ticlio-noticia/>

10 En estas concesiones OSITRAN supervisa los avances de inversión, el cumplimiento de las obras en los plazos establecidos, que se realice un correcto mantenimiento y señalización de las vías, que se regulen las tarifas, se brinde un óptimo servicio y se atiendan las sugerencias, reclamos y/o denuncias de los usuarios. Ver: <https://www.ositran.gob.pe/carreteras/>

## Gráfico 1 Las 16 carreteras concesionadas de la red vial nacional

### Carreteras

Ositrán supervisa 16 carreteras concesionadas de la Red Vial Nacional



Ver: <https://www.ositrان.gob.pe/carreteras/>

Ahora bien, si bien los Contratos de Concesión («**Contratos de Concesión**») de las concesionarias viales no contienen textos idénticos, los textos que compartimos a continuación ilustran, *mutatis mutandi*, las principales cláusulas pactadas por las concesionarias privadas y el Estado Peruano, a través del MTC o la Municipalidad de Lima:<sup>11</sup>

#### Peaje

Es el monto en Nuevos Soles (no incluye el IGV ni algún otro tributo) que se cobra por el uso de los Tramos de la Concesión que el CONCESIONARIO está obligado a exigir a los Usuarios en los términos establecidos en el Contrato.

El monto recaudado se encuentra destinado, principalmente, al financiamiento de las Obras y Conservación del Tramo Vial.

#### PLAZO DE LA CONCESIÓN

La Concesión se otorga por un plazo de [veinticinco (25) años], contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato, salvo los casos de prórroga, conforme a los términos y condiciones previstos en el presente Contrato.

#### EMERGENCIA VIAL

En caso que sucediera una situación de Emergencia Vial, el CONCESIONARIO realizará bajo su costo, las labores que sean necesarias para recuperar la Transitabilidad de la vía en el menor plazo posible.

Además, el CONCESIONARIO, de ser necesario, deberá reparar los daños ocasionados hasta recuperar los índices de Serviciabilidad conforme a lo indicado en el Anexo [I].

Las actividades para reparar los daños ocasionados deberán ser cubiertas con los propios recursos del CONCESIONARIO o a través de las coberturas de acuerdo a las pólizas contratadas para dicho fin.

#### DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO

La Explotación de los Tramos de la Concesión por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida en que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará la inversión como consecuencia de la prestación del Servicio, así como un deber, en la medida en que el CONCESIONARIO está obligado a cumplir con determinados parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como estándares e índices de Serviciabilidad propios de la Explotación de los Tramos, previstos en el presente Contrato.

Es deber del CONCESIONARIO dentro de los límites, responder por los actos de omisión y/o negligencia del personal a cargo de la Operación de la vía o de los contratistas que el CONCESIONARIO decida contratar.

#### DECLARACIÓN DEL CONCEDENTE

EL CONCEDENTE, por su parte, declara y garantiza al CONCESIONARIO en la Fecha de Suscripción del Contrato, la veracidad y exactitud de las siguientes de-

---

11 Para efectos ilustrativos, hemos compartido típicas cláusulas de los contratos de la red vial nacional. Si bien los contratos de concesión de Lima Metropolitana presentan cláusulas similares, tienen varias diferencias que, por motivos de espacio, nos hemos visto imposibilitados de reseñar aquí.



claraciones. Asimismo, reconoce que la suscripción del Contrato por parte del CONCESIONARIO se basa en estas declaraciones:

Que, el CONCESIONARIO tendrá derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes [...], y este derecho sólo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión previstos en la Sección XVI del Contrato.

#### GARANTÍA TARIFARIA

Cuando por disposición de cualquier entidad pública o por alguna causa de Fuerza Mayor, se impida a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el cobro del Peaje previsto en el Contrato, y ésta proceda a cobrar por tanto, un Peaje inferior o no cobrar Peaje, salvo que la causa que origine dicha situación sea imputable a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, el CONCEDENTE reconocerá y pagará a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, la diferencia tarifaria que corresponda con arreglo al procedimiento establecido en el presente Contrato.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA, podrá solicitar la resolución del Contrato si no ha recibido el pago correspondiente dentro del plazo de seis (6) meses de iniciado el siguiente ejercicio presupuestal.<sup>12</sup>

#### RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

La recaudación por Peaje que realice el CONCESIONARIO tendrá por objetivo cubrir sus costos de Inversión, Explotación y Conservación Vial”.

#### EL PEAJE Y LA TARIFA

Corresponde al CONCESIONARIO el cobro del Peaje. Se exigirá el pago del Peaje a cada Usuario que utilice los Tramos de la Concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con la Tarifa especificada en la Cláusula [9.8]. Los vehículos utilizados para atender servicios de emergencia tales como ambulancias, bomberos o vehículos de la Policía Nacional, así como vehículos militares en comisión, maniobras, ejercicios o convoys, y los vehículos de la Cruz Roja Peruana que realicen actividades con fines humanitarios estarán exentos del cobro de la Tarifa de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ley N° 22467, la Ley N° 24423 y Leyes y Disposiciones Aplicables.

El cobro del Peaje será por derecho de paso, lo que implica que se cobrará al Usuario de los Tramos de la Concesión que no se encuentre exento de pago, por el derecho de paso en las unidades de peaje indicadas en la Cláusula 9.5. El CONCESIONARIO podrá cambiar la tecnología que emplee para el cobro del Peaje, previa comunicación al REGULADOR y siempre que ésta le permita cumplir con los estándares de tiempo de atención al cliente señalados en el Anexo I.

#### EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO

Las Partes declaran su compromiso de mantener a lo largo de todo el período de duración del Contrato el equilibrio económico-financiero de éste, para lo cual

---

<sup>12</sup> Esta cláusula, sin embargo, no está presente en todos los contratos de concesión de la red vial nacional.

se señala que el presente Contrato se encuentra en una situación de equilibrio económico-financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes.

El presente Contrato estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, en la medida que cualquiera de los anteriores tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a los ingresos y costos de inversión, Explotación y Conservación Vial de los Tramos Viales objeto de la presente Concesión.

El desequilibrio se puede dar por las condiciones anteriores y tendrá implicancias en la variación de ingresos derivados del Servicio o la variación de costos, o ambos a la vez; relacionados al Servicio de la Concesión. El restablecimiento del equilibrio económico-financiero podrá ser invocado por algunas de las partes a consideración y se efectuará en base al Estado de Ganancias y Pérdidas auditado del CONCESIONARIO donde se verifique las variaciones de ingresos o costos anteriormente referidos. Sin perjuicio de ello, el CONCEDENTE podrá solicitar mayor información que sustente las variaciones señaladas.

#### CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN

La presente Concesión caducará por la verificación de alguna de las siguientes causales:

- a) Vencimiento del Plazo de la Concesión.
- b) Mutuo acuerdo.
- c) Resolución del Contrato por incumplimiento del CONCESIONARIO.
- d) Resolución del Contrato por incumplimiento del CONCEDENTE.
- e) Decisión unilateral del CONCEDENTE.
- f) Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

#### SUSPENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN EL PRESENTE CONTRATO

El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes contempladas en este Contrato, no será considerado como causa imputable de incumplimiento a alguna de ellas durante el tiempo y en la medida que tal incumplimiento sea causado por alguna de las siguientes causales e impida la ejecución de las Obras o la prestación del Servicio:

Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento. Entre otros eventos se encuentran, las siguientes situaciones [...].

Asimismo, resulta preciso anotar que, al momento de celebrarse los Contratos de Concesión, el Estado Peruano y las concesionarias de la red vial nacional celebraron

Contratos de Seguridades y Garantías que se encontraban respaldados por Decretos Supremos emitidos por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Los Decretos Supremos dictados en respaldo de los Contratos de Seguridades y Garantías prevén los siguientes artículos:<sup>13</sup>

Artículo 1.- Declaraciones y seguridades

Otórguese mediante contrato, las seguridades y garantías del Estado de la República del Perú, en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones a cargo del Estado Peruano, contenidas en el Contrato de Concesión del Tramo Vial [X], a celebrarse con la empresa [Y], en calidad de Sociedad Concesionaria.

Artículo 2.- Ámbito de las seguridades y garantías

**La amplitud de las seguridades y garantías a que se refiere el artículo precedente, será la que determine el respectivo Contrato de Concesión, observándose lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento**, aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM, y por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25570, sustituido por el Artículo 6 de la Ley N° 26438, Ley que precisa alcances y modifica diversos artículos del Decreto Legislativo N° 674, referido al proceso de promoción de la inversión privada, en concordancia con el Artículo 4 de la Ley N° 26865, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos. Esta garantía no constituye una garantía financiera.

Artículo 3.- Suscripción de documentos

Autorízase al Ministro de Transportes y Comunicaciones a suscribir, en representación del Estado de la República del Perú, el contrato a que se refiere el Artículo 1 del presente decreto supremo. (*Énfasis agregado*)

Las concesionarias de la red local vial concesionada, sin embargo, no cuentan con Contratos de Seguridades y Garantías.

### 2.2.1 La declaración del estado de emergencia y sus prórrogas

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote del Covid-19 como una pandemia por haberse extendido en más de cien países del mundo de forma simultánea.

Seguidamente, el 11 de marzo de 2020, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el Gobierno declaró Emergencia

---

13 El Estado Peruano otorgó seguridades y garantías a las concesionarias de las red vial nacional mediante los siguientes Decretos Supremos: (i) Decreto Supremo N° 008-2020-EF; (ii) Decreto Supremo N° 192-2010-EF; (iii) Decreto Supremo N° 180-2009-EF; (iv) Decreto Supremo N° 037-2009-EF; (v) Decreto Supremo N° 124-2005-EF; y (vi) Decreto Supremo N° 177-2002-EF. El Estado Peruano y las concesionarias viales también celebraron convenios de estabilidad jurídica; sin embargo, para los efectos de la controversia, no son relevantes.

Sanitaria a nivel nacional por 90 días calendario, y también dictó medidas para la prevención y control a efectos de evitar la propagación del Covid-19.

El 15 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo oficializó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, decreto supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectaban la vida de la nación como consecuencia del brote del Covid-19. La medida comprendía, entre otras cosas, el aislamiento social obligatorio —cuarentena— y el cierre total de las fronteras, lo que implicaba la suspensión del transporte internacional de pasajeros por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial.<sup>14</sup>

Los artículos más relevantes del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM son los siguientes:

Artículo 1.- Declaración de Estado de Emergencia Nacional Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Artículo 2.- Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales

2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo.

2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición.

2.3 La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas adoptan las medidas para garantizar la prestación y acceso a los bienes y servicios conforme al presente artículo.

Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

---

14 El artículo 137 de la Constitución establece que «el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República».

4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.
- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2.
- e) Retorno al lugar de residencia habitual.
- f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.
- h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (call center).
- k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.
- l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el Estado de Emergencia Nacional.
- m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

El 16 de marzo de 2020, mediante Oficio Múltiple N° 0012-2020-MTC/19,<sup>15</sup> el MTC informó a las concesionarias viales lo siguiente:

Tengo el agrado de dirigirme a usted con atención al decreto supremo de la referencia a través del cual se declara el Estado de Emergencia por un período de quince (15) días calendario y se dispone el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

---

<sup>15</sup> Es importante mencionar que este oficio únicamente fue dirigido a las concesionarias de la red vial nacional, mas no a las concesionarias de la red vial local concesionada.

[...] Teniendo en cuenta lo señalado y lo establecido en el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios antes mencionados, resulta necesario velar por la operación toda la infraestructura de transporte de uso público, de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión correspondiente. En tal sentido, **es necesario que en el marco de cada contrato de concesión, aseguren la operatividad de la infraestructura, su conservación, la continuidad es la prestación de los servicios y cobro de la tarifa correspondiente, garantizando la transitabilidad así como las operaciones de carga, atención de emergencias viales y similares, entre otros, que sean necesarias para garantizar el desplazamiento y la seguridad de los usuarios, en el marco de lo permitido por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.** (Énfasis agregado)

Como se puede apreciar, el MTC exigió a las concesionarias que mantengan «operativas» las rutas y que sigan cobrando peajes, disponiendo así que los empleados vayan a trabajar al igual que los trabajadores del sector salud o alimentos.<sup>16</sup> De esta manera, este ministerio dejó claramente establecido desde el inicio que el Estado de Emergencia Nacional era perfectamente compatible con el cobro de los peajes. Esto resulta consistente con las alegaciones de las concesionarias que han argumentado que los servicios que brindan pertenecen a la categoría de servicios esenciales según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.<sup>17</sup>

Estas alegaciones de las concesionarias también resultan consistentes con las declaraciones de la Presidente de OSITRAN quien ha declarado que los servicios que brindan las concesionarias viales sí constituyen servicios esenciales en virtud de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM:

En la Comisión de Transportes del Congreso, algunos de sus miembros han señalado que no correspondía pagar peaje por no ser esta una actividad esencial detallada en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declaró el Estado de Emergencia Nacional. Sin embargo, el transporte sí es una actividad esencial, incluso para el mencionado decreto, que en su artículo cuarto señala expresamente que

---

16 Ver: <https://www.expreso.com.pe/destacado-portada/se-aprovechan-de-la-emergencia/> (acceso el 31 de mayo de 2020).

17 Esto se derivaría del hecho de que la existencia de carreteras, así como su debido mantenimiento, garantizan precisamente que los bienes esenciales puedan ser transportados y, en consecuencia, se abastezca a la población con alimentos, medicinas y servicios esenciales. La interpretación de que los servicios que brindan las concesionarias pertenecen a la categoría de servicios esenciales se desprendería del artículo 2 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que señala expresamente lo siguiente: «Artículo 2.- Acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales 2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo. 2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición. 2.3 La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas adoptan las medidas para garantizar la prestación y acceso a los bienes y servicios conforme al presente artículo».

la circulación en las vías de uso público es la que permite la prestación y acceso a los bienes y servicios esenciales que se listan. Que pague por un servicio quien se sirve del mismo, además de legal, parece ser una regla bastante justa incluso durante la pandemia, como sucede con todos los bienes y servicios que se continúan brindando durante este periodo.<sup>18</sup>

El 20 de marzo, luego de cinco días de la declaración del Estado de Emergencia, las concesionarias viales Rutas de Lima y Lima Expresa anunciaron que exonerarían del cobro del peajes a «*personal esencial para atender la emergencia sanitaria por el Covid-19*» a solicitud de la Municipalidad de Lima. Las concesionarias viales informaron que exoneraban del pago de peaje a aquellos vehículos que se encontrasen prestando atenciones indispensables en áreas de salud y seguridad durante el Estado de Emergencia Nacional.

Asimismo, mediante los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM y N° 083-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 068-2020-PCM, N° 072-2020-PCM y N° 083-2020-PCM, el Gobierno prorrogó el Estado de Emergencia Nacional y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) decretado mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

Por último, mediante Decreto Supremo N° 094-2020-PCM se prorrogó nuevamente el Estado de Emergencia Nacional y el aislamiento social obligatorio decretados mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM hasta el martes 30 de junio de 2020.

### **2.3. El proceso parlamentario de la Ley N° 31018 y su promulgación por insistencia**

El 30 de marzo de 2020, diversos congresistas presentaron el Proyecto de Ley N° 4951/2020-CR, proyecto de ley que suspende el cobro de peajes a nivel nacional mientras dure el Estado de Emergencia Nacional (Proyecto de Ley N° 4951). Sobre el particular, los artículos 1 y 2 del Proyecto de Ley N° 4951 establecían lo siguiente:<sup>19</sup>

#### Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto, suspender, de manera temporal, el cobro de peajes en ambas vías, a nivel nacional, mientras dure el Estado de Emergencia Nacional, decretado por el gobierno, en resguardo de la salud pública, debido a la grave crisis sanitaria por la pandemia del coronavirus, Covid-19, con el objeto

---

18 Ver: <https://peru21.pe/opinion/protegiendo-a-los-ciudadanos-a-proposito-de-la-suspension-del-cobro-de-peajes-pandemia-coronavirus-en-el-peru-ministerio-de-transporte-y-comunicaciones-congreso-ositrans-veronica-zambrano-copello-noticia/?ref=p21r> (acceso: 15 de junio de 2020).

19 El primer proyecto de ley presentado fue impulsado por el legislador Espinoza Rosales, quien habría propuesto la iniciativa original el 26 de marzo. Cuatro días después, esto es, el 30 de marzo, el parlamentario Wilmer Bajonero presentó una segunda iniciativa legislativa con el mismo planteamiento. Ver: <https://elcomercio.pe/politica/congreso/coronavirus-peru-congreso-aprueba-dejar-sin-efecto-cobro-de-peajes-administrados-por-concesionarias-durante-emergencia-noticia/> (acceso el 20 de mayo de 2020).



de asegurar el tránsito, sin restricciones, de los profesionales comprometidos con la emergencia sanitaria, así como aquellos que velan por el orden, la seguridad y la distribución de la cadena alimenticia, de la población en general.

#### Artículo 2.- Alcances

La suspensión alcanza, además de los destinados a la prestación de servicios de emergencia, tales como ambulancias, bomberos, vehículos de la Policía Nacional del Perú, vehículos militares y de la Cruz Roja, a las siguientes unidades móviles:

Vehículos que trasladan personal médico y de enfermería dedicado a la emergencia sanitaria.

Vehículos de Serenazgo y Fiscalización de los gobiernos locales.

Vehículos de los Sistemas Metropolitanos de Salud.

Vehículos de recolección de residuos sólidos de empresas debidamente acreditadas ante la autoridad competente.

Vehículos dedicados a la provisión diaria de agua para consumo humano (cisternas) debidamente autorizados por la autoridad competente.

Vehículos dedicados a la prestación y acceso a servicios y bienes esenciales como adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público, debidamente autorizados por la autoridad competente.

Por otro lado, el 1 de abril del 2020, diversas bancadas del Congreso de la República («**Congreso**») presentaron el Proyecto de Ley N° 4985/2020-CR, proyecto de ley que suspende el cobro de peajes en todas las rutas a nivel nacional durante el Estado de Emergencia Nacional declarado como consecuencia de la pandemia Covid-19 («**Proyecto de Ley N° 4985**»)<sup>20</sup>. Sobre el particular, el artículo único del Proyecto de Ley 4985 reza:

Artículo Único.- Suspensión. Suspéndase el cobro de peajes en todas las rutas a nivel nacional, las administradas por el Estado o por las empresas privadas durante el Estado de Emergencia, declarado a causa de la pandemia Covid-19.

Al Proyecto de Ley N° 4985 se adjuntó la exposición de motivos en que se hizo alusión, entre otras cosas, a la suspensión del cobro de peajes que se había decretado en Colombia para justificar la medida propuesta por el Congreso:

Ante la emergencia sanitaria la suspensión del cobro de peajes es una medida que permite contribuir y facilitar el paso a las personas que prestan algún servicio al Estado, o a las que están obligadas a asistir a sus centros laborales, siempre y

---

<sup>20</sup> Para el miércoles 1 de abril, el legislador Espinoza Rosales logró juntar más adhesiones y elaboró un texto multipartidario con 15 firmas de representantes de Podemos, Fuerza Popular, Acción Popular, Partido Morado, Frente Amplio y el Frepap. Ver: <https://elcomercio.pe/politica/congreso/coronavirus-peru-congreso-aprueba-dejar-sin-efecto-cobro-de-peajes-administrados-por-concesionarias-durante-emergencia-noticia/> (acceso el 20 de mayo de 2020).



cuando estén autorizadas. La iniciativa permitirá el tránsito de los vehículos de instituciones y empresas responsables de transportar alimentos, medicinas, combustible, carga y mercancías, sin hacer pago alguno por concepto de peaje.

En Colombia dentro del marco de Aislamiento Preventivo Obligatorio que decretó el gobierno, el Presidente Iván Duque suspendió el cobro del peaje desde el 25 de marzo hasta el domingo 12 de abril. La medida tiene como finalidad de garantizar el abastecimiento alimentario, bienes de primera necesidad y de elementos para el sector salud. El gobierno colombiano mediante el Decreto 482 suspendió el cobro del peaje y obliga a no cobrar los peajes a los vehículos que tienen las excepciones para circular. Con la medida se busca aliviar la carga a toda la cadena logística y de transporte y movilización de las personas.

Dos días después, el 3 de abril de 2020, como secuela de los Proyectos de Ley N° 4951 y N° 4981, el Pleno del Congreso aprobó con 99 votos a favor y 9 abstenciones la ley que suspende el cobro de peajes durante el Estado de Emergencia Nacional a causa del brote del Covid-19.

Sin embargo, la aprobación no implica la entrada en vigencia de una ley. Se tienen que respetar ciertos procedimientos establecidos en el Reglamento del Congreso de la República («**Reglamento del Congreso**»).

De acuerdo con el Reglamento del Congreso, la autógrafa de la proposición de ley aprobada («**Autógrafa**») debe ser enviada al Presidente de la República para su promulgación dentro del plazo de 15 días hábiles. Sobre este particular, el artículo 79 del Reglamento del Congreso establece lo siguiente:

#### Artículo 79.- Envío al Presidente de la República

La autógrafa de la proposición de ley aprobada será enviada al Presidente de la República para su promulgación dentro del plazo de quince días útiles. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la proposición aprobada, las presenta al Congreso en el mencionado término de quince días útiles.

Las observaciones se tramitan como cualquier proposición, pero correrán en el expediente que dio origen a la ley observada y su reconsideración por el Congreso requiere del voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

El 6 de abril de 2020, el Congreso envió al Presidente de la República, Martín Vizcarra («**Presidente Vizcarra**»), la Autógrafa de la ley que suspende el cobro de peajes en la red vial durante el Estado de Emergencia Nacional, precisando que la fecha máxima en que el Poder Ejecutivo podía realizar observaciones a dicha autógrafa era el 29 de abril de 2020.

El 7 de abril de 2020, el Presidente Vizcarra anunció que se convocaría a los concesionarios que aún cobraban peajes para que dejen de hacerlo. En efecto, específicamente señaló que había «*pedido a los Ministros de Economía y Finanzas, y Transportes y Comunicaciones que convoquen a los concesionarios que tienen a cargo [los] peajes y que levanten el cobro.*»

Sin perjuicio de ello, el Presidente Vizcarra indicó que la propuesta del Congreso tenía un serio inconveniente: el mantenimiento de las carreteras. En ese sentido, el Presidente Vizcarra expresó que: «*La ley libera al concesionario del mantenimiento de la vía durante este período. Estamos buscando lo mismo, pero respetando la ley*».<sup>21</sup>

El 29 de abril de 2020, último día en que era posible realizar observaciones, el Poder Ejecutivo observó la Autógrafa aprobada por el Congreso con las siguientes precisiones:

3. Al respecto, se precisa que en vista que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones decidió suspender el cobro de peaje en las concesiones cofinanciadas, la Autógrafa de Ley tendría efectos sólo sobre las unidades de peaje administradas por concesionarios de infraestructuras viales autofinanciadas, dado que el cobro en el resto de peajes ya se encuentra suspendido [...].

9. En el caso de los contratos autofinanciados, se debe indicar que cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa de peaje que afecte a la recaudación de cada concesión vial podría generar que se activen mecanismos independientes de cada concesión que dependerán del accionar de parte del concesionario. Es por ello que cada contrato de concesión bajo esta modalidad, recoge mecanismos que permiten algún tipo de aseguramiento ante problemas en la recaudación o con el monto de la recaudación.

10. Con relación a las tarifas de peaje administradas por los contratos de concesión cofinanciados, luego de la instrucción señalada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se inició desde las 18:00 horas hasta el 2 de abril de 2020, la suspensión del cobro de la tarifa de peaje en un total de (32) treinta y dos unidades peajes.

11. En relación a las tarifas de peaje administradas por los contratos de concesión autofinanciados, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones cursó comunicaciones, solicitándoles alguna acción frente al pedido de los transportistas de carga de no cobrar la tarifa del peaje, recibiendo una negativa por parte de ellos a suspender el cobro de la tarifa de peaje. Como consecuencia de ello, los concesionarios no han procedido con el inicio de la suspensión del cobro de la tarifa de peaje en un total de (22) veintidós unidades de peajes [...].

14. En ese sentido, no se puede desconocer que cada contrato de concesión regula distintos mecanismos compensatorios que los concesionarios pueden activar, como la garantía tarifaria o el restablecimiento del equilibrio financiero, cuyo cumplimiento se encuentra enmarcado en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que prevé que los contratos ley no pueden ser modificados legislativamente.

15. Por ende, **el supuesto de hecho regulado en la autógrafa de ley, referido a que la suspensión no causa ni genera derecho compensatorio resulta inconstitucional**, toda vez que desconoce los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión, suscritos por el Estado y por los concesionarios.

---

21 Ver: <https://gestion.pe/economia/gobierno-observo-proyecto-del-congreso-que-suspende-cobro-de-peajes-a-nivel-nacional-noticia/?ref=gesr> (acceso el 6 de mayo de 2020).

16. De ahí que modificar un contrato de concesión mediante una disposición legal puede generar contingencias para el Estado, toda vez que los concesionarios, sobre todo los autofinanciados, podrían activar los mecanismos de solución de controversias ante una modificación contractual arbitraria que podría devenir en un arbitraje, de conformidad con el artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos.

17. Asimismo, la Autógrafa de ley no ha considerado en su evaluación que ante una suspensión de cobro de la tarifa de peaje puede desencadenar que los concesionarios de concesiones viales autofinanciadas suspendan también las obligaciones de transitabilidad, mantenimiento rutinario, así como la atención de emergencias viales, ambulancias, grúas, etc., conforme a lo señalado en cada contrato de concesión, así como solicitar compensaciones que puedan resultar superiores a las pactadas en dichos contratos.

18. De otro lado, respecto a lo establecido en la autógrafa de ley sobre la suspensión con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de red vial nacional, departamental y local concesionada es preciso mencionar que los contratos ley son contratos por los cuales el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no pueden ser modificadas dichas reglas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación [...].

20. Ahora bien, se observa que de la revisión del análisis costo beneficio de la iniciativa legislativa se advierte que ésta no se ajusta a las disposiciones emitidas por el Congreso de la República en vista que la suspensión del peaje ocasionaría la existencia de un alto riesgo de demandas a nivel judicial y por consiguiente, el pago de altas indemnizaciones a favor de los concesionarios; asimismo, puede concluirse que la medida que se pretende aplicar, no termina beneficiando a la población en general que es lo que se estaría pretendiendo. (*Énfasis agregado*)

El 30 de abril de 2020, el Congreso aprobó con 105 votos a favor que la Autógrafa retorne al Pleno del Congreso para ser aprobada directamente. Debe recordarse aquí que el artículo 108 de la Constitución Política del Perú («**Constitución**») señala que *«reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso»*.<sup>22</sup>

El día 7 de mayo de 2020 se llevó a cabo un candente debate en el que participaron congresistas de diversas bancadas. A manera ilustrativa, resulta por demás relevante compartir la intervención del congresista Wilmer Bajonero Olivas de Acción

---

22 El artículo 108 de la Constitución establece que «la ley aprobada según lo previsto por la Constitución se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observancias que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso». Asimismo, el artículo 80 del Reglamento del Congreso establece que «si vencido el término de quince días, el Presidente de la República no promulga la proposición de ley enviada, la promulga el Presidente del Congreso».

Popular —autor del Proyecto de Ley N° 4951— que se pronunció de la siguiente manera:

Como autor del Proyecto de Ley N° 4951, de ahí acumulado, reitero mi posición firme para la suspensión del cobro de peajes. En estos tiempos de crisis, se tiene que actuar con la mayor responsabilidad porque es exigencia del pueblo y sería justa y solidaria. Presidente, nos encontramos en un estado de guerra no convencional según las propias declaraciones del gobierno que no se cansa de repetir todos los días. Por lo tanto, en una simple lógica, ante situaciones hay que adoptar medidas excepcionales. Esta sencilla ley es tan humilde: solo tiene un artículo y busca prevenir el contagio [...].<sup>23</sup>

A pesar de las agudas observaciones del Poder Ejecutivo, en la sesión virtual del 7 de mayo de 2020 el Congreso promulgó por insistencia la Ley N° 31018, Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada durante el Estado de Emergencia Nacional declarado a causa del brote del Covid-19 («Ley N° 31018» o «Ley que Suspende el Cobro de Peajes».)<sup>24</sup>

Artículo único. Suspensión del cobro de peaje

Suspéndase con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el Estado de Emergencia Nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

En virtud del artículo 109 de la Constitución,<sup>25</sup> la Ley que Suspende el Cobro de Peajes se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de mayo de 2020 y, por ende, entró en vigencia el 10 de mayo de 2020.<sup>26</sup>

---

23 Ver: <https://www.facebook.com/CongresoPeru/videos/852437868595988> (acceso: 10 de junio de 2020).

24 El Congreso adoptó la decisión por 102 votos a favor, 1 en contra y 25 abstenciones. El Partido Morado optó por la abstención en bloque.

25 El artículo 109 de la Constitución expresa que «la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

26 Resulta importante mencionar que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 31018, existía un marco normativo vigente que exoneraba a determinados vehículos del cobro de peajes. En este sentido, mediante el Decreto Ley N° 22467, publicado el 7 de marzo de 1979, y cuyo artículo segundo fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1328, se dispone lo siguiente «Artículo 1.- Exonerar del pago de peaje por razones de seguridad y defensa nacional a los vehículos militares de la Fuerza Armada, identificados por su distintivo institucional reglamentario, cuando deban desplazarse en convoy o aislados, para la realización de maniobras, ejercicios de campaña o en cumplimiento de comisiones del servicio. Artículo 2.- Exonerar del pago del derecho de peaje por razones del mantenimiento del orden público, seguridad de las personas y moral pública y servicios a la comunidad, a los vehículos policiales de las Fuerzas Policiales, del Instituto Nacional Penitenciario y de las Compañías de Bomberos y a todas las ambulancias de los Servicios Asistenciales Médicos, identificados por su distintivo institucional reglamentario, cuando deban desplazarse en cumplimiento de misiones del servicio» (Demanda de Inconstitucionalidad, ¶24).

Al día siguiente de la promulgación, la Ministra de Economía y Finanzas, María Antonieta Alva («**Ministra Alva**»), anunció que el Poder Ejecutivo iba a interponer una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley que Suspende el Cobro de Peajes. Sobre este particular, la Ministra se pronunció de la siguiente manera:

Como lo advertimos en su momento, esta ley es indirectamente un subsidio a un grupo muy reducido de empresas que le va a costar a todos los peruanos. Y nosotros, con mucha responsabilidad de salvaguardar el interés de todos los peruanos y el Perú, vamos a iniciar la demanda de inconstitucionalidad en los próximos días.<sup>27</sup>

El 19 de mayo de 2020, tras un pedido del congresista Rennan Espinoza Rosales —debido a declaraciones emitidas en medios de prensa a raíz de la promulgación de la Ley N° 31018—, y a raíz de la invitación de la Comisión de Transportes y Comunicaciones, la Presidente de OSITRAN, Verónica Zambrano, tuvo una reunión virtual con distintos miembros del Congreso con el propósito de exponer los impactos que iba a ocasionar la Ley que Suspende el Cobro de Peajes.<sup>28</sup>

El 20 de mayo de 2020, el Consejo de Ministros aprobó la decisión de presentar una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31018. En ese sentido, la Ministra Alva explicó que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos («**MINJUS**») era quien tenía el encargo de presentar una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes.<sup>29</sup>

El 2 de junio de 2020, en representación del Presidente de la República, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia («**Procurador Público del MINJUS**») presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31018 («**Demanda de Inconstitucionalidad**»).<sup>30</sup>

---

27 Ver: <https://gestion.pe/economia/mef-anuncia-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-ley-de-peajes-noticia/?ref=gesr> (acceso el 20 de mayo de 2020). Ver también: <https://notitransportes.com/mef-alista-demanda-de-inconstitucionalidad-sobre-ley-que-suspende-cobro-de-peajes/> (acceso el 27 de mayo de 2020). Ver también: <https://andina.pe/agencia/noticia-gobierno-iniciara-demanda-inconstitucionalidad-contra-ley-suspende-cobro-peajes-796472.aspx> (acceso el 28 de mayo de 2020). Por otro lado, el artículo 203 de la Constitución establece que «están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (1) El Presidente de la República».

28 Ver: <https://gestion.pe/economia/citan-a-presidenta-de-ositran-al-congreso-tras-declaraciones-sobre-ley-de-peajes-noticia/> (acceso el 31 de mayo de 2020).

29 La Ministra Alva también sostuvo en *Cuarto Poder*: «Como parte de los procedimientos, primero se aprueba en Consejo de Ministros la decisión de ir a la demanda. El miércoles pasado se aprobó este encargo al Ministerio de Justicia. Nosotros ya teníamos bastante avanzados los informes, así que en los próximos días el Ministro de Justicia va a presentar la demanda formalmente». Ver: <https://gestion.pe/peru/politica/ministra-maria-antonietta-alva-el-ministerio-de-justicia-ya-tiene-el-encargo-de-la-demanda-de-inconstitucionalidad-por-los-peajes-nndc-noticia/> (acceso el 26 de mayo de 2020).

30 Es importante recordar que, de acuerdo con el artículo 203 de la Constitución, las únicas personas facultadas para interponer acción de inconstitucionalidad son «1. El Presidente de la República; 2. El Fiscal de la Nación; 3. El Defensor del Pueblo; 4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas; 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; 6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional,

El 9 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional admitió por unanimidad la Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Procurador Público del MINJUS en representación del Presidente de la República. El magistrado Augusto Ferrero fue designado como ponente del caso.<sup>31</sup>

Recientemente, CIAR Global ha reportado que una concesionaria vial habría presentado una notificación de controversia, *i.e.*, habría manifestado su intención de demandar al Estado Peruano en un arbitraje internacional, y que otros dos concesionarios se habrían reservado el derecho de hacer lo mismo.<sup>32</sup>

Asimismo, la Presidente de OSITRAN ha declarado que de las 32 concesionarias que supervisa OSITRAN, un total de 17 empresas concesionarias de infraestructura de transportes han solicitado la suspensión de sus obligaciones por causa de fuerza mayor. Se ha hecho público que, a efectos de probar el evento de fuerza mayor, dos de las concesionarias han mencionado la pandemia y el resto ha considerado como evento de fuerza mayor la promulgación del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declara Estado de Emergencia Nacional.<sup>33</sup>

#### **2.4. ¿Sobre qué concesionarias recae la Ley N° 31018?**

El 29 de marzo de 2020, mediante Resolución Directoral N° 592-2020-MTC/20, la Dirección Ejecutiva de Provías Nacional dispuso que desde el 30 de marzo de 2020 quedaría suspendido el cobro de los peajes administrados por el MTC, a través de Provías Nacional.

Artículo 1.- Autorizar la suspensión temporal a partir de las 00:00 horas del 30 de marzo de 2020, del cobro de peaje en todas las Unidades de Peaje de la Red Vial Nacional no Concesionada a cargo de PROVÍAS NACIONAL, mientras dure el Estado de Emergencia Nacional declarado a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM y en todas las normas posteriores que prorroje el mencionado plazo.

En este sentido, el Presidente Vizcarra precisó que el cobro de peajes se mantendría suspendido mientras dure el Estado de Emergencia Nacional en 24 peajes de la red vial nacional, ubicados en 12 departamentos del país<sup>34</sup>. En el

---

o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia. 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad».

31 Ver: <https://laley.pe/art/9809/tc-admite-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-ley-que-suspende-el-cobro-de-peajes> (consulta: 10 de junio de 2020).

32 Ver: <https://ciarglobal.com/admitida-la-demanda-de-inconstitucionalidad-de-la-ley-de-peajes-en-peru/> (acceso: 10 de junio de 2020). Ver también: <https://www.ositran.gob.pe/noticias/concesionarios-pidieron-suspension-obligaciones-pandemia/> (acceso: 10 de junio de 2020).

33 Ver: <https://elcomercio.pe/economia/peru/coronavirus-peru-ositran-17-concesionarios-solicitaron-suspension-de-obligaciones-debido-a-la-pandemia-covid-19-nndc-noticia/?ref=ecr> (acceso: 10 de junio de 2020).

34 En el marco de la suspensión del cobro de los peajes administrados por Provías Nacional, el MTC precisó que en las rutas concesionadas de la red vial nacional se mantendría el cobro de peajes de las concesionarias privadas. Asimismo, indicó que el cobro por el concepto de peajes en la red vial

cuadro 1 detallamos los peajes administrados por Provias Nacional que fueron suspendidos:

**Cuadro 1**  
**Peajes administrados por Provias Nacional que fueron suspendidos**

<b>Unidades de Peajes Provias nacional</b>				
<b>No.</b>	<b>Nombre</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Localidad</b>	<b>Departamento</b>
1	Catac	Carretera Pativilca - Huáraz km 156+800 RN-14A	Catac	Áncash
2	Atico	Panamericana Sur km. 704+000	Florida	Arequipa
3	Quilca	Carretera Costanero Sur km 35+178 Quilca - Arequipa	Quilca	Arequipa
4	Yauca	Panamericana Sur km. 565+000	Yauca	Arequipa
5	Rumichaca	Vía Los Libertadores km. 196+200 RN-24A	Rumichaca	Ayacucho
6	Socos	Vía Los Libertadores km. 316+700 RN-24A	Socos	Ayacucho
7	Aguas Calientes	Carretera Cusco - Puno km. 1,152+400	Aguas Calientes	Cusco
8	Saylla	Carretera Cusco - Puno km. 1,064+300 RN-035	Saylla	Cusco
9	Ambo	Carretera La Oroya - Huánuco km. 210+000 RN-03N	Chaquispampa	Huánuco
10	Nazca	Panamericana Sur km. 437+300	Buenos Aires	Ica
11	Pacra	Vía Los Libertadores km 072+500 RN-24A	Pacra	Ica
12	Chacapampa	Carretera La Oroya - Huancayo km 136+500 Ruta 003S	Huacrapuquio	Junín
13	Challhuapuquio	Carretera DV. Las Vegas - La Merced km. 89+240	Challhuapuquio	Junín
14	Cuculí	Pimentel - Chiclayo - Chongoyape - Pte. Cumbil km 60+800	Cuculí	Lambayeque
15	Lunahuana	Carretera Cañete - Yauyos km 12+400 RN-22	CP. Augusto B. Leguía	Lima
16	Tunan	Carretera Pativilca - Conococha km. 13+440 RN-14	Tunan	Lima
17	Desvio Talara	Panamericana Norte km. 1,086+300	Desvio Talara	Piura
18	Tambogrande	Panamericana Norte km. 1,035+000	Pedregal	Piura
19	Ayavirí	Carretera Cusco - Puno km. 1,234+100 RN-03S	Ayavirí	Puno
20	Ilave	Carretera Puno - Desaguadero km. 1,420+070 RN-03S	Ilave	Puno
21	Punta Perdida	Carretera Desaguadero - Ilo km. 256+000	Sta. Rosa Mazocruz	Puno
22	Sicuyani	Carretera Binacional Ilo - Desaguadero km. 372+000 RN-34A	Sicuyani	Puno
23	Pozo Redondo	Carretera Ilo - Tacna Costanera Sur km. 86+900 RN-01SA	Pozo Redondo	Tacna
24	Cancas	Panamericana Norte km. 1,196+500	Cancas	Tumbes

Ver: [http://gis.proviasnac.gob.pe/peajes/acerca/lista\\_peajes cms.asp](http://gis.proviasnac.gob.pe/peajes/acerca/lista_peajes cms.asp)

concesionada está destinado a financiar obras y conservación del tramo vial. Ver: <https://www.eleconomistaamerica.pe/economia-eAm-peru/noticias/10461768/04/20/Se-suspende-cobro-de-peajes-administrados-por-Provias-Nacional.html>



El 31 de marzo de 2020, el MTC envió los siguientes oficios a las concesionarias autosostenibles de la red vial nacional: (i) Oficio N° 1604-2020-MTC/19; (ii) Oficio N° 1605-2020-MTC/19; (iii) Oficio N° 1606-2020-MTC/19; (iv) Oficio N° 1607-2020-MTC/19; (v) Oficio N° 1608-2020-MTC/19; y (vi) Oficio N° 1609-2020-MTC/19.

En dichas comunicaciones, el MTC solicitó a las concesionarias autosostenibles que adoptaran alguna acción frente al pedido de los transportistas de carga, como, por ejemplo, no cobrar la tarifa de peaje. Sin embargo, la respuesta de las concesionarias fue categóricamente negativa. Entre otras cosas, señalaron que ya se estaban viendo afectadas con el tráfico disminuido por las medidas adoptadas por el Estado frente al aislamiento social. Por ello, una suspensión total del peaje durante el Estado de Emergencia Nacional, por más que iba a ser temporal, generaría contingencias económicas a la concesión, como por ejemplo, incumplimientos en la cadena de pagos a sus trabajadores, pagos de financiamiento, así como incumplimiento en sus obligaciones de operación y mantenimiento.<sup>35</sup>

Aproximadamente el 31 de marzo de 2020, mediante Oficio Múltiple N° 0014-2020-MTC/19, el MTC instó a las concesionarias cofinanciados a que, en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, procedan a dar inicio al procedimiento contractual de suspensión de obligaciones establecido en el contrato de concesión respectivo:

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones cursó el Oficio Múltiple N° 0014-2020-MTC/19 a los concesionarios de los contratos de concesión viales cofinanciados indicándoles que resultaba evidente la necesidad de garantizar la transitableidad de la vía, el cumplimiento de los niveles de servicio, la conservación y la atención de emergencias viales, dado que prescindir o reducir las cadenas logísticas de transportes y distribución de alimentos de primera necesidad, así como de medicamentos, podría generar desabastecimiento u otras situaciones que afectarían a la población.

Asimismo, instó a los concesionarios a que, en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, proceda a dar inicio al procedimiento contractual de suspensión de obligaciones establecido en el contrato de concesión respectivo para una suspensión que comprenda, únicamente, el cobro de las tarifas de peajes por la causal de fuerza mayor, la cual viene cumpliéndose desde las 18:00 horas el día 2 de abril de 2020 hasta que culmine el Estado de Emergencia Nacional.<sup>36</sup>

El 3 de abril de 2020, el Presidente Vizcarra informó que, desde el día anterior, *i.e.*, el 2 de abril, a solicitud del MTC, un grupo de peajes a cargo de concesionarias privadas —concesionarias cofinanciadas— había suspendido el cobro de peajes mientras dure el Estado de Emergencia Nacional.<sup>37</sup> En el cuadro 2 detallamos los peajes administrados por las concesionarias cofinanciadas que fueron suspendidos.

---

35 Demanda de Inconstitucionalidad, ¶39.

36 Demanda de Inconstitucionalidad, ¶¶32-33.

37 Ver: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/111817-mtc-un-total-de-56-peajes-a-nivel-nacional-entre-publicos-y-privados-dejaron-de-cobrar-por-pase-de-via-durante-el-estado-de-emergencia>



**Cuadro 2**  
**Peajes administrados por las concesionarias cofinanciadas que fueron suspendidos**

No.	Empresa Concesionaria	Concesión	Plazo de la Concesión	Peaje		Ubicación		Provincia	Departamento	Sentido de Cobro																																																
				Peaje	Ubicación	Ubicación	Ubicación																																																			
1	Concesionaria IIRSA Norte S.A.	IIRSA Norte: Paíta-Yurimaguas	25 años	Paíta	Carretera Paíta - Piura Olmos - Tarapoto	Yurimaguas km 40+185	Paíta	Piura	Ambos																																																	
				Chulucanas	Antigua Panamericana Norte	km 207+600 RN-01B	Moropón	Piura	Ambos																																																	
				Olmos	Carretera Olmos - Tarapoto	km 509+000 RN-04	Lambayeque	Lambayeque	Ambos																																																	
				Pumahuaca	Carretera Olmos - Pucara	km 122+000 RN-04	Jaén	Cajamarca	Ambos																																																	
				Utcubamba	Carretera Olmos - Puente Río Nieva	km 197+000	Urcubamba	Amazonas	Descendente																																																	
				Pedro Ruiz	Carretera Fernando Belaúnde Terry	km 292-890	Bongara	Amazonas	Ascendente																																																	
				Aguas Claras	Corral Quemado - Puente Nieva - Rioja	km 403+300	Rioja	San Martín	Ambos																																																	
				Moyobamba	Carretera Olmos - Tarapoto	km 509+000 RN-04	Moyobamba	San Martín	Ambos																																																	
				Pongo de Cayarachi	km 57+650	Lamas	San Martín	Ambos																																																		
				Unión Progreso	km 35+4800 Carretera 30 C	Tambopata	San Martín	Ambos																																																		
2	Concesionaria Ineroceánica Tramo 3 S.A.	IIRSA Sur Tramo 3: Inambari - Inapari	25 años	Alerta Planchón	km 467+900 Carretera 30 C	Tambopata	Tambopata	Madre de Dios	Ambos																																																	
				Inapari (San Lorenzo)	km 57+4+500 Carretera 30 C	Tahuamanu	Tahuamanu	Madre de Dios	Ambos																																																	
				San Gabán	Azángaro - Inambari	km 286+450	Carabaya	Puno	Ambos																																																	
				Macusani	Azángaro - Inambari	km 187+340	Carabaya	Puno	Ambos																																																	
				San Antón	Azángaro - Inambari	km 107+300	Azángaro	Puno	Ambos																																																	
				Loma Larga	km 63,37 Carr. EMP. 18 Buenos Aires - Canchaque	Piura	Piura	Ambos																																																		
				San Juan de Marcona	Carretera Puerto San Juan - Nazca - Abancay	km 8+200	Nazca	Ica	Ambos																																																	
				Pampa Galeras	Carretera Nazca - Abancay - Cusco	km 106+000 RN-26	Lucanas	Arequipa	Ambos																																																	
				Pampamarca	Carretera Nazca - Abancay - Cusco	km 292+000	Aymaraes	Apurímac	Ambos																																																	
				Pichirhua	Carretera Chalhuanca - Abancay	km 420+000 RN-26	Aymaraes	Apurímac	Ambos																																																	
3	Inter sur Concesiones S.A.	IIRSA Sur Tramo 4: Inambari - Azángaro	25 años	Cosacuncha	Carretera Nazca - Abancay - Cusco	km 607+770 RN-035	Anta	Cusco	Ambos																																																	
				Matarani	km 52+200 Carretera 04-030A Emp. RIA Matarani	Islay	Arequipa	Ambos																																																		
				Uchumayo	km 14+700 Carretera 04-030A Emp. RI Repat	Arequipa	Arequipa	Ambos																																																		
				Patahuasi	Carretera Arequipa - Yura - Patahuasi	km 78+200 RN 30B	Arequipa	Arequipa	Ambos																																																	
				Ilo	Carretera Ilo - Moquegua	km 27+400 RN-034	Ilo	Moquegua	Ambos																																																	
				Pampa Cuellar	Carretera Ilo - Desaguadero	km 155+170 RN-34A	Mariaca Nieto	Moquegua	Ambos																																																	
				Caracoto - Illipa	Carretera Juliaca - Puno	km 1,347+100 RN-035	Puno	Puno	Ambos																																																	
				Santa Lucía	Carretera Arequipa - Yura - Patahuasi	km 201+200 RN-308	Lampa	Puno	Ambos																																																	
				Huayaya	km 37+400 Hualal - Acos	Hualal	Lima	Ambos																																																		
				4	Consortio Concesión Chancay-Acos S.A.	Tramo Vial Óvalo Chancay/Ov. Variante Pasamayo - Hualal - Acos	15 años	San Nicolás	Carretera Nuevo Mocupe - Zaña - Cayalti - Oyoútín	km 7+400	Zaña	Lambayeque	Ambos																																													
Ciudad de Dios	Carretera Pacasmayo - Cajamarca	km 2+000 RN+08	Pacasmayo					La Libertad	Ambos																																																	
Menocucho	Carretera Salaverry - EMP. R IN - Shiran - Dv. Otuzco - Huamachuco		Trujillo					La Libertad	Ambos																																																	
5	Survial S.A.	IIRSA Sur Tramo 1: San Juan de Marcona - Urcos	25 años																																																							
														6	Concesionaria Vial del Sur S.A.	IIRSA Sur Tramo 5: Matarani - Azángaro - Ilo	25 años																																									
																							7	Consortio Concesión Obraimsa	Concesión Valle del Zaña S.A.	Tramo Vial - Motupe - Cayalti - Oyoútín	15 años																															
																																8	Consortio Concesión Obraimsa	Concesión Valle del Zaña S.A.	Tramo Vial - Motupe - Cayalti - Oyoútín	15 años																						
																																									9	Consortio Concesión Obraimsa	Concesión Valle del Zaña S.A.	Tramo Vial - Motupe - Cayalti - Oyoútín	15 años													
																																																		9	Consortio Concesión Obraimsa	Concesión Valle del Zaña S.A.	Tramo Vial - Motupe - Cayalti - Oyoútín	15 años				

Ver: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574890/Peajes\\_en\\_carreteras\\_concesionadas\\_cofinanciadas\\_2\\_de\\_abril.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574890/Peajes_en_carreteras_concesionadas_cofinanciadas_2_de_abril.pdf)

En ese sentido, el MTC informó que, de un total de 78 peajes en el país, 56 peajes dejaron de cobrar peajes durante el Estado de Emergencia Nacional. De esos 56 peajes, 32 eran administrados por concesionarias privadas cofinanciadas, y 24 por Provías Nacional.

En los peajes restantes administrados por concesionarias autosostenibles de la red vial nacional, sin embargo, no se suspendió el cobro de los peajes.<sup>38</sup> Asimismo, las concesionarias de Lima Metropolitana tampoco suspendieron el cobro de los 18 peajes que tienen a su cargo.<sup>39</sup>

Ahora bien, como vimos anteriormente, el artículo único de Ley N° 31018 expresa lo siguiente:

Artículo único. Suspensión del cobro de peaje

Suspéndase con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el Estado de Emergencia Nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

Si es que el Gobierno ya había anunciado que tanto Provías Nacional como las concesionarias cofinanciadas habían suspendido el cobro de los peajes, inevitablemente debemos concluir que el ámbito de aplicación de la Ley N° 31018 únicamente recae sobre las concesionarias autosostenibles.

En el Perú existen ocho concesionarias autosostenibles que administran un total de 40 peajes (ver cuadro 3).

**Cuadro 3**  
**Concesionarias autosostenibles**

<b>Red Vial Nacional</b>	6 concesionarias	22 peajes
<b>Lima Metropolitana</b>	2 concesionarias	18 peajes

No es coincidencia que las concesionarias autosostenibles hayan sido las únicas que se negaron categóricamente a suspender el cobro de los peajes durante el Estado de Emergencia Nacional. Y es que, a diferencia de lo que sucede con las concesionarias cofinanciadas, los ingresos de las concesionarias autosostenibles dependen casi exclusivamente del cobro de los peajes.

Como sugiere Emily Horna, los ingresos de las concesionarias autosostenibles no solo son indispensables para que éstas cumplan con sus obligaciones de operación

<sup>38</sup> Debemos recordar aquí que tanto los peajes de Tielio como de Mocce se encuentran suspendidos.

<sup>39</sup> Como señalamos anteriormente, las concesionarias Rutas de Lima y Lima Expresa anunciaron que exoneraría del cobro de peajes a personal esencial para atender la emergencia sanitaria del Covid-19 a solicitud de la Municipalidad de Lima.

y mantenimiento, sino también para que les paguen a sus trabajadores, a sus proveedores y/o a sus acreedores financieros. De suyo que, si el Estado les corta a las concesionarias autosostenibles la única fuente de ingresos que tienen, naturalmente se está produciendo un quebrantamiento del equilibrio económico del contrato (Horna, 27 demayo de 2020).

## 2.5. Las reacciones frente a la Ley que Suspende el Cobro de Peajes

Frente a la presentación de los Proyectos de Ley N° 4951 y N° 4985 por parte del Congreso —y, luego, frente a la promulgación de la Ley N° 31018—, innumerables funcionarios públicos y representantes de instituciones privadas manifestaron públicamente su rechazo. Por ejemplo, Leonie Rocca, Presidente de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional («AFIN»), indicó:

Resulta más o menos evidente que cualquier situación en donde por ley se establece que no puedes cobrar una tarifa, pero al mismo tiempo, que debes seguir dando el servicio, evidentemente genera derecho compensatorio y los arbitrajes del caso [...].

Hay una serie de impactos que no han sido debidamente medidos con este proyecto de ley, porque además se está salvaguardando los servicios que se necesitan para mantener la continuidad de toda la cadena logística que se viene prestando [...].

Estamos preocupados porque se trata de una ley con nombre propio que beneficia exclusivamente a los transportistas de carga [...].

Tenemos ocho concesiones viales con compromisos de inversión realizados por casi 9,000 millones de soles, y hay deuda que pagar a los bancos, organismos multilaterales y bonos emitidos que han comprado las AFP.<sup>40</sup>

De igual manera, AFIN emitió una nota de prensa en la que expresó lo siguiente:

### Nota de Prensa

Autógrafa de ley para suspender el cobro de peajes solo beneficiaría al transporte de carga

1. Se está salvaguardando la salud y seguridad de los trabajadores. Los trabajadores de vías concesionadas tienen estrictos protocolos de seguridad y sanidad en salvaguarda de su salud. Las empresas han implementado protocolos y medidas de seguridad para proteger a sus trabajadores. Las vías concesionadas sí son un servicio esencial.

---

<sup>40</sup> La Presidente de AFIN también sostuvo que en el debate del proyecto de ley no se presentó ninguna evaluación, y opinó que para este tipo de iniciativas se necesitan los informes técnicos correspondientes para determinar el impacto económico que tiene en la cadena de pagos. Asimismo, aclaró que en AFIN no están asociadas todas las empresas privadas que administran peaje, y que varias salieron a raíz del caso Lava Jato. Ver: <https://andina.pe/agencia/noticia-proyecto-ley-para-suspender-cobro-peajes-generaria-arbitrajes-contra-estado-peruano-791884.aspx> (acceso: 20 de mayo de 2020).

2. Los servicios en las carreteras siguen funcionando. Se continúa realizando trabajos de mantenimiento y transitabilidad en las vías concesionadas, disponiendo del personal, equipos y maquinarias para el auxilio vial, recojo de más de 232 toneladas diarias de basura y de desmonte; atenciones de emergencia; despeje de vías afectadas por la nevada como en Ticlio porejemplo; atención en Centros de Control; entre otros.
3. Autógrafo de la Ley aprobada por el Congreso solo beneficia a transportistas. Debido a que ha disminuido el tráfico casi en un 80% y que no se está cobrando peaje a los vehículos con personal de salud y seguridad, esta ley solo beneficiaría a los transportistas de carga, que siguen trabajando en este estado de emergencia y percibiendo ingresos. La Constitución señala que no se puede dar leyes con nombre propio.
4. Error conceptual en la discusión legislativa. Se ha desconocido que detrás de una tarifa de peaje hay un contrato de concesión con derechos y obligaciones. Una ley no puede romper un contrato y pretender además que el concesionario siga prestando todos los servicios de mantenimiento, operación y auxilio vial entre otros, sin retribución alguna. Esto sería expropiatorio.
5. No al rompimiento de la cadena de pagos. Confiamos en la opinión técnica por parte del Poder Ejecutivo y del Regulador, sobre esta Autógrafo, la cual no fue consultada y tampoco ha tenido evaluación técnica respecto al impacto económico que tiene romper la cadena de pagos en este sector y que generarla, sin lugar a dudas, consecuencias no solo para los más de 2,500 trabajadores directos, los acreedores financieros y los proveedores, sino también un profundo daño a la infraestructura en el país.

En el mismo sentido, la Presidente de OSITRAN, Verónica Zambrano, se pronunció en los siguientes términos: *«Se ha cometido un grave error, porque se está vulnerando la Constitución, se están modificando contratos entre el Estado y las empresas concesionarias, y los contratos no pueden ser modificados por la ley»*.<sup>41</sup>

En otras declaraciones frente a la prensa, la Presidente de OSITRAN también señaló lo siguiente:

---

41 La Presidente de OSITRAN también expresó que el proyecto de ley era inconstitucional, precisando que la norma era un mensaje de incumplimiento; abiertamente una expropiación. Informó, a su vez, que pese a que se había comunicado con congresistas de todas las bancadas mediante e-mails, mensajes de WhatsApp, se había remitido un documento oficial al Congreso e incluso se habló con el Presidente de la Comisión de Constitución, su pedido para emitir una opinión técnica —que correspondía como organismo regulador— no tuvo eco. Asimismo, explicó que el cobro de las tarifas de peajes permite que el concesionario cumpla con obligaciones de mantenimiento de la vía, atienda emergencias viales, brinde asistencia vehicular, entre otros servicios, que no han sido interrumpidos durante el estado de emergencia y permiten la transitabilidad por la vía en condiciones óptimas y oportunas. Solo durante el periodo de cuarentena se han atendido 700 emergencias viales. En la misma, precisó que, como organismo regulador, iba a ser muy difícil exigir a las empresas concesionarias que cumplan con sus obligaciones, lo que provocaría que las vías nacionales no cuenten con los servicios necesarios para su buen funcionamiento y los usuarios asuman directamente los efectos. En definitiva, mostró su preocupación por que los principales perjudicados de promulgarse el Proyecto de Ley serían los usuarios. Ver: <https://elperuano.pe/noticia-ositrان-ley-aprobada-el-congreso-suspende-cobro-peajes-es-inconstitucional-95579.aspx> (acceso el 20 de mayo de 2020).

El último párrafo del proyecto de ley (que ayer fue observado por el Poder Ejecutivo y que busca aprobarse por insistencia en el Congreso) señala que no se permitirá ningún tipo de compensación, entonces me imagino que lo primero que harán es solicitar la inconstitucionalidad [...].

Si los congresistas quieren decidir que no se pague los peajes por la situación de la pandemia, luego que permitan que el mismo concesionario diga como logra una compensación a través de la misma fórmula del contrato, que puede ser un mayor número de años de concesión o ya se verá la forma [...].

El Congreso podría decidir que no se paguen los peajes, pero deberían dejar que algunos mecanismos del contrato logren un ajuste, pero si el Parlamento dice que no se generará ninguna compensación, lo que está diciendo al concesionario es que tienen que asumir todo el costo del servicio de tránsito por la carretera sin derecho a reclamar, y eso es inconstitucional.<sup>42</sup>

Por si fuera poco, la Presidente de OSITRAN ha brindado declaraciones adicionales reportadas por la prensa:

«No hemos sido en ningún momento consultados, y eso es grave porque cuando se va a gestar un proyecto en estas condiciones siempre se consulta con las instituciones que tienen una vinculación directa».

«La ley aprobada por el Congreso es inconstitucional».

«Ley que anula cobro de peajes nos va a generar seis arbitrajes ante el CIADI».

«Es una norma nada técnica que no ha contado con ningún tipo de asesoría o información, y que no ha medido las consecuencias, que son muy graves, pues nos descalifica como país».

«Este tipo de proyectos de ley, cuando se trabajan, generalmente necesitan de la opinión o información del regulador».<sup>43</sup>

Por otro lado, el Primer Ministro, Vicente Zevallos («**Premier Zevallos**») se ha pronunciado categóricamente con las siguientes palabras:

Antes de acudir al proceso de la fase de la insistencia, fueron invitados (al Congreso) tanto el Ministro de Transportes como la ministra de Economía, donde dieron con claridad y contundencia la argumentación. No obstante, por insistencia, finalmente ayer ha sido aprobada.

---

42 Ver: <https://andina.pe/agencia/noticia-ositran-suspender-cobro-peajes-sin-posterior-compensacion-es-inconstitucional-795331.aspx> (acceso: 20 de mayo de 2020).

43 Ver: <https://rpp.pe/economia/economia/ositran-se-pronuncia-sobre-proyecto-de-ley-que-anula-el-cobro-de-peajes-noticia-1256974>. Ver también: <https://gestion.pe/economia/coronavirus-peru-ositran-ley-que-anula-cobro-de-peajes-nos-va-a-generar-seis-arbitrajes-ante-el-ciadi-covid-19-nndc-veronica-zambrano-noticia/> (acceso: 29 de mayo de 2020). Ver también: <https://www.ositran.gob.pe/noticias/suspension-cobro-peajes-origiaria-demandas-internacionales/> (acceso: 10 de junio de 2020).

El tema es sumamente delicado, esta norma quebranta unilateralmente los contratos contractuales, queramos o no esta es una concesión sujeta a un contrato de dos partes, y lo otro más delicado es que contraviene abiertamente al artículo 2 de la Constitución, y esto puede motivar que el Gobierno sea denunciado a un tribunal arbitral.<sup>44</sup>

Además, el Premier Zevallos enfatizó que el tema también es delicado porque la Ley que Suspende el Cobro de Peajes contraviene abiertamente al artículo 62 de la Constitución, lo que a su vez puede motivar dos cosas:

Una que como Gobierno podamos ser denunciados a un tribunal arbitral, en este caso el CIADI, y obviamente con una fuerte reparación. Por otro lado también, de aplicarse esta norma, prácticamente estaríamos renunciando a lo que es el mantenimiento de las vías y tendría que ser asumido bajo costo del Gobierno nacional. O sea, no se está midiendo las consecuencias.

Con la mayor consideración al Congreso, creo que se está actuando con suma ligereza y aquí tenemos que tener una respuesta como Estado.<sup>45</sup>

Adicionalmente, el congresista Alberto de Belaúnde del Partido Morado se pronunció firmemente en contra de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes al expresar que *«la jurisprudencia dice que no podemos [suspender el cobro de peajes] sin que esto tenga consecuencias jurídicas. Lo que va a pasar es que los concesionarios irán al CIADI porque se están modificando sus contratos de manera unilateral y el Estado tiene todas las de perder, y estamos hablando de millones de soles de indemnización»*.<sup>46</sup>

El 4 de junio de 2020, los jefes de las misiones diplomáticas de Canadá, Colombia, Francia y Australia —países originarios de algunas de las accionistas concesionarias de la red vial nacional— enviaron una carta dirigida al Presidente del Congreso, solicitando expresamente modificar la Ley N° 31018.<sup>47</sup>

Primero, considerando que, según la Ley N° 31018, la suspensión de los peajes se mantendrá mientras dure el Estado de Emergencia Nacional y, siendo esta duración (o eventuales extensiones) incierta, el impacto financiero en las concesiones viales afectadas es incalculable. Además, la Ley N° 31018 indica que la suspensión de los peajes no causará ni generará derecho compensatorio, lo cual desconoce los mecanismos de negociación contractual estipulados en los respectivos contratos de concesión y el derecho de las personas a ser compensadas por daños in-

---

44 Ver: <https://notitransportes.com/mef-alista-demanda-de-inconstitucionalidad-sobre-ley-que-suspende-cobro-de-peajes/> (acceso el 27 de mayo de 2020). Ver también: <https://andina.pe/agencia/noticia-gobierno-iniciara-demanda-inconstitucionalidad-contrale-ley-suspende-cobro-peajes-796472.aspx> (acceso: 28 de mayo de 2020).

45 Ver: <https://andina.pe/agencia/noticia-gobierno-iniciara-demanda-inconstitucionalidad-contrale-ley-suspende-cobro-peajes-796472.aspx> (acceso: 28 de mayo de 2020).

46 Ver: <https://elcomercio.pe/politica/congreso/coronavirus-peru-congreso-aprueba-dejar-sin-efecto-cobro-de-peajes-administrados-por-concesionarias-durante-emergencia-noticia/> (acceso: 1 de junio de 2020).

47 La carta fue suscrita por los embajadores Ralph Jansen (Canadá), Diana Nelson (Australia), Antoine Grassin (Francia) y María Claudia Mosquera (Colombia).

fringidos. Esto ocasionará no solamente que los concesionarios afectados pueden verse en la eventual necesidad de declararse en quiebra, sino que, además, por falta de liquidez, se verán imposibilitados de brindar servicios esenciales como la operación y mantenimiento de las vías, y brindar servicios de auxilio vial no contar con los recursos para ello. Todo esto en directo perjuicio a miles de trabajadores directos e indirectos y a la población usuaria de las vías.

En segundo lugar, la inversión privada ha sido un componente vital en el crecimiento y desarrollo económico del Perú, colaborando significativamente en reducir la pobreza a niveles mínimos históricos. El Perú ha logrado generar y mantener la confianza de los inversionistas privados nacionales y extranjeros a lo largo de las últimas décadas no solamente por su disciplina fiscal y monetaria, si no también debido a su respeto irrestricto de las instituciones democráticas, en las que se enmarcan el respeto a los tratados internacionales y a los contratos suscritos por el Estado peruano. Por ello el Perú es un destino favorecido en la región para las inversiones privadas.

Es por estas razones que debemos expresar nuestra profunda preocupación ante medidas como las previstas N° 31018, que vulneran seriamente la estabilidad y seguridad jurídica y contractual. También, comprometen peligrosamente las inversiones privadas tan importantes y necesarias en un contexto como el actual en el que el Perú requiere enfrentar decididamente los impactos económicos de la pandemia del COVID-19. En ese sentido, nuestras misiones resaltan la enorme importancia de mantener la seguridad jurídica para las inversiones de manera que el Perú pueda continuar atrayendo capitales internacionales para el beneficio de su infraestructura y desarrollo.<sup>48</sup>

En el mismo sentido, el 5 de junio de 2020, la Presidente de OSITRAN declaró que un concesionario vial había manifestado su intención de iniciar un arbitraje contra el Estado Peruano como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 31018.<sup>49</sup>

---

48 Ver: <https://caretas.pe/politica/ley-de-peajes-embajadores-reconocen-su-error-tras-enviar-una-carta-enviada-al-congreso/> (acceso: 10 de junio de 2020).

49 El diario *El Comercio* también reportó que «un total de 17 de empresas concesionarias de infraestructura de transporte han solicitado la suspensión de sus obligaciones por causa de fuerza mayor, informó la presidente del Organismo Supervisor de la Inversión de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (OSITRAN), Verónica Zambrano. Agregó que de los 32 concesionarios que supervisa el OSITRAN, solo este grupo de empresas solicitó la suspensión de algunas de sus obligaciones por causa de fuerza mayor; dos de ellas mencionan la pandemia y el resto considera como hecho de fuerza mayor la emisión del decreto e urgencia que declara el Estado de Emergencia en el país. La titular del organismo regulador explicó que, teóricamente, un caso de fuerza mayor es un evento extraordinario, impredecible, que a pesar de los esfuerzos que se puedan hacer, coloca al concesionario en una posición de incumplimiento, aun cuando la pandemia entre esta calificación. Aclaró que se revisará cada solicitud y que se requerirá que en los alegatos, los concesionarios “acrediten cómo sus obligaciones se han visto impactadas directamente. Respecto a la ley que suspende el cobro de peajes a nivel nacional durante el estado de emergencia, la presidenta del Ositrán manifestó que, a la fecha, hay la intención de un concesionario de red vial de efectuar un reclamo ante un tribunal arbitral como consecuencia de dicha ley. Señaló que otros dos concesionarios han indicado que «se reservan el derecho de invocar a cualquier medio contractual previsto en el contrato y que también adoptarán las acciones legales que se consideren. Mientras que otros están instando al Ministerio de Transporte y Comunicaciones a tomar las acciones necesarias en el caso». Ver: <https://elcomercio.pe/economia/peru/coronavirus-peru-osi->



Sobre este particular, GAR ha reportado que:

the president of Peruvian transport regulator Ositrán, Verónica Zambrano, was quoted in local newspaper Gestión yesterday as saying that the unnamed concessionaire had stated its intention to bring a claim before an arbitral tribunal as a result of the law. Toll operators in Peru frequently have ICSID dispute resolution clauses in their concession agreements and it is unclear whether the potential claim Zambrano disclosed would be filed under a contract, treaty or both. Zambrano added that two other concessionaries have reserved their rights to bring legal action under their contracts.<sup>50</sup>

Por último, el congresista Francisco Sagasti del Partido Morado expresó que su bancada había advertido a otras bancadas de la inminencia de demandas internacionales como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 31018, pero no fueron escuchados:

*¿Por qué decimos que es inconstitucional?, simplemente porque los contratos tienen esa naturaleza y tienen fuerza de ley y eso es lo que se ha indicado, creo que el planteamiento del Ejecutivo, en ese sentido, es consistente con lo que ha hecho en otros casos similares.*

*Dijimos que había peligro de inconstitucionalidad y el peligro de una demanda ante los tribunales internacionales en la sede del Banco Mundial, eso estaba cantado.*<sup>51</sup>

Recientemente, en el marco de un arbitraje entre Rutas de Lima S.A.C. («**Rutas de Lima**») y la Municipalidad de Lima sometido al Reglamento UNCITRAL, el tribunal arbitral dictó un laudo favorable a Rutas de Lima condenando a la Municipalidad de Lima a pagar aproximadamente US\$ 70 millones. Entre otras cosas, en el laudo en mayoría, el tribunal arbitral afirmó que la suspensión del peaje de Chillón, ubicado en Puente Piedra, había sido ilegal.

Frente al dictado del laudo, la Municipalidad de Lima emitió un comunicado expresando lo siguiente:

Cabe precisar que la decisión del ex alcalde Castañeda de suspender la implementación del peaje Chillón no consideró aspectos técnicos y jurídicos necesarios, vulnerando no solo los intereses de los ciudadanos, sino también los de la comuna limeña, pues los costos que se deberán pagar ascienden a S/. 230 millones de soles aproximadamente.

---

tran-17-concesionarios-solicitaron-suspension-de-obligaciones-debido-a-la-pandemia-covid-19-ndc-noticia/ (acceso: 6 de junio de 2020).

50 Global Arbitration Review. *Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>.

51 Ver: <https://eltiempo.pe/peru-ley-suspende-peajes-inconstitucional-mp/> (acceso: 15 de junio de 2020).



Es lamentable para los ciudadanos de Lima la decisión tomada por el Tribunal Arbitral, que paga el precio de una reprochable acción que solo buscó alimentar el ego de una autoridad insensata, para ganar algunos puntos de aprobación por parte de la ciudadanía, pero que no midió ni analizó la consecuencia que esto traería a los limeños.

Como lo advertimos desde el inicio, la actual gestión, heredó, en este caso concreto, un contrato desnaturalizado, el cual fue modificado irregularmente e interpretado de manera antojadiza por el concesionario, ante la permisividad de una administración edil complaciente, lo cual ha sido resaltado en el laudo, tras señalar que los actos propios de la MML desvirtúan los argumentos que alegó la actual gestión en este arbitraje. No obstante ello, se buscó todos los mecanismos posibles que nos otorga la Ley, para defender los intereses legítimos de millones de ciudadanos limeños, frente a este arbitraje internacional.<sup>52</sup>

El laudo de Rutas de Lima ha despertado las más severas críticas de la población y ha puesto sobre la mesa la irresponsabilidad y ligereza con la que los congresistas han promulgado la Ley N° 31018.<sup>53</sup> En definitiva, no solo OSITRAN, el Gobierno, AFIN o el sector privado le ha soplado al Congreso que su accionar iba a implicar la responsabilidad internacional del Estado, sino incluso un tribunal arbitral UNCITRAL.

### **3. Análisis de la constitucionalidad de la Ley N° 31018 bajo el derecho peruano**

El cobro de los peajes en las redes viales se sustenta en la Constitución. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que lo recaudado por dicho cobro tiene una relación directa con el mantenimiento de las vías que garantizan la circulación de las personas en el territorio nacional. No cabe la menor duda, entonces, de que la existencia de carreteras, así como su debido mantenimiento, no solo garantizan el derecho fundamental a la libertad de tránsito, sino incluso elevan los estándares de vida de los ciudadanos.

Ahora bien, bajo el derecho peruano, la Ley N° 31018 es flagrantemente inconstitucional por dos motivos: (i) vulnera el artículo 62 de la Constitución, y (ii) vulnera el artículo 70 de la Constitución.<sup>54</sup>

---

52 Ver: <http://www.munlima.gob.pe/noticias/item/40037-comunicado-la-municipalidad-de-lima-informa-a-la-ciudadania-sobre-arbitraje-internacional-iniciado-por-rutas-de-lima> (acceso: 5 de junio de 2020).

53 En una reciente columna publicada en Perú21 se señaló que «el Perú es una víctima de los irresponsables más votados. El último arbitraje internacional perdido por la Municipalidad de Lima lo confirma. El Municipio deberá pagar S/. 230 millones a Rutas de Lima por el oportunismo político de Luis Castañeda Lossio, quien en 2017, siendo el Alcalde e la Ciudad, decidió unilateralmente anular el cobro de peaje en Puente Piedra para los vítores del tribunal. La decisión del actual Congreso, esperando aplausos, ha suspendido el cobro de peajes en la red vial pone al país en la misma situación de vulnerabilidad jurídica. El populismo no respeta ni la Constitución». En: <https://peru21.pe/opinion/guerra-avisada-no-mata-gente-mata-congresista-la-suspension-de-los-peajes-y-la-ley-necia-noticia/>

54 Al respecto, en la Demanda de Inconstitucionalidad, sin embargo, el Gobierno ha señalado que la Ley que Suspende el Cobro de Peajes contraviene las siguientes disposiciones de la Constitución: (i) el

A continuación nos pronunciaremos sobre cada uno de las inconstitucionalidades por separado.

### 3.1. Vulneración del artículo 62 de la Constitución

El artículo 62 de la Constitución —norma que recoge el derecho fundamental a la libertad de contratar— reza:

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

En el presente caso, las partes pactaron en los Contratos de Concesión que las concesionarias tendrían derecho a cobrar un peaje. Así, todos los Contratos de Concesión contemplan una cláusula muy similar a la que se reproduce a continuación: «**EL PEAJE Y LA TARIFA.** *Corresponde al CONCESIONARIO el cobro del Peaje. **Se exigirá el pago del Peaje a cada Usuario que utilice los Tramos de la Concesión**, de acuerdo a la categoría de vehículo» (énfasis agregado).*

Sin embargo, ahí donde el artículo 62 de la Constitución establece que «*los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes*», la Ley N° 31018 los ha modificado. Allí donde los Contratos de Concesión señalan que las concesionarias tienen derecho a cobrar un peaje, la Ley N° 31018 ha suspendido ese derecho.

Al respecto, en una reciente entrevista, Luis Huerta, Procurador Público del MINJUS, se pronunció de la siguiente manera:

Los contratos de concesión regulan los derechos, obligaciones y mecanismos de compensación entre las partes. La Ley suspende el cobro de peajes mientras dure la cuarentena y prohíbe la compensación respectiva, por lo que afecta los términos contractuales, vulnerándose de esta manera el artículo 62º de la Constitución. Se trata de una norma de aplicación inmediata y temporal, que afecta el normal desarrollo de los contratos durante su vigencia. (Huerta, 12 de junio de 2020)

Hay quienes argumentan, sin embargo, que el artículo 62 de la Constitución no dice lo que dice; que los términos contractuales sí pueden ser modificados por una ley. Ese tipo de interpretaciones desnaturalizan la norma constitucional y no se sostienen. Una de las cuestiones más elementales del derecho es que las normas

---

artículo 137 de la Constitución, sobre la competencia del Poder Ejecutivo para decretar Estados de Emergencia y adoptar medidas orientadas a su objetivo; (ii) el artículo 58 de la Constitución, sobre la obligación del Estado de orientar el desarrollo del país, lo que comprende la ejecución de una política pública en materia de infraestructura vial; y (iii) el artículo 62 de la Constitución, que establece que los términos contractuales no pueden ser modificados mediante leyes (Demanda de Inconstitucionalidad, ¶2).

se deben interpretar de tal forma en que se dé efecto jurídico a cada uno de sus extremos, antes que privar de efectos a alguno de ellos. Este principio es transversal a todos los sistemas jurídicos del mundo y se denomina *effet utile*. Argumentar que la Ley N° 31018 sí está habilitada para modificar los términos contractuales implica privar de efectos jurídicos a un extremo del artículo 62 de la Constitución, y ello es simplemente inadmisibile. Todos los extremos de una norma constitucional deben tener un efecto jurídico práctico.

Otro sector de la doctrina ha señalado que sí es posible que los términos contractuales sean modificados por leyes, porque el artículo 62 de la Constitución debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 2, inciso 14. Este último artículo señala expresamente lo siguiente:<sup>55</sup>

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

Esta interpretación es equivocada por, al menos, cuatro motivos.

En *primer lugar*, es un principio bien asentado en todos los ordenamientos jurídicos que solo es posible acudir a mecanismos de interpretación distintos al literal cuando el texto de la norma es ambigüo. En el presente caso, el artículo 62 de la Constitución es tan claro como nítido: «*los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes*». No existe ningún tipo de ambigüedad en la norma constitucional, por lo que ampararse en una mal entendida interpretación sistemática con el propósito de desnaturalizar el texto de la norma constitucional resulta inaceptable.

En *segundo lugar*, porque interpretar sistemáticamente el artículo 2 inciso 14) y el artículo 62 de la Constitución tampoco conduce a la conclusión de que los términos contractuales pueden ser modificados por leyes. El artículo 2 inciso 14) recoge el derecho a la libertad de contratar, por lo que el mandato de esta norma es de suma relevancia en el momento en que se celebra el contrato. Y en el presente caso no cabe la menor duda de que los Contratos de Concesión tienen un fin lícito y no contravienen el orden público. Por lo tanto, la aplicación del artículo 2 inciso 14 de la Constitución es irrelevante en el presente caso.

De cualquier manera, si se aceptase que los contratos de concesión vulneran el orden público con la promulgación de la Ley N° 31018 y/o tienen un fin ilícito —lo que negamos rotundamente—, la aplicación del artículo 2 inciso 14) no determinaría que los términos contractuales pueden ser modificados por leyes, sino más bien que todos los Contratos de Concesión son nulos, lo que es un despropósito.

Debemos recordar aquí que el artículo V del Título Preliminar del Código Civil sanciona con nulidad los actos jurídicos que son contrarios al orden público y a las buenas costumbres: «*Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*».

---

55 Esta interpretación también ha sido recogida en algunas sentencias del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el artículo 219, inciso 4, del Código Civil sanciona con nulidad los actos jurídicos cuyo fin sea ilícito: «*Artículo 219º.- El acto jurídico es nulo: [...] 4.- Cuando su fin sea ilícito.*».

En *tercer lugar*, porque cuando se argumenta jurídicamente, las ideologías tienen que dejarse de lado. Uno puede no estar de acuerdo con el texto constitucional, pero eso no significa que se pueda arrogar el rol de constituyente y desnaturalizar el texto de la norma constitucional porque cree que otra interpretación —una que excede el texto de la norma— resulta más conveniente para la población. Eso es muy peligroso.

Se puede discutir si hubiese sido mejor que la Constitución diga algo diferente. Pero ese es un debate distinto. En la Constitución actual es claro como el agua que «*los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes*», y no es admisible acudir a alambicadas interpretaciones para concluir exactamente lo contrario.

En *cuarto lugar*, debe recordarse que varios de los Contratos de Concesión se encuentran respaldados por convenios de estabilidad jurídica y Contratos de Seguridades y Garantías, por lo que el régimen legal que se encontraba vigente en el momento en que fueron celebrados se encuentra estabilizado. En buen cristiano, varios de los Contratos de Concesión son contratos-ley. Sobre este particular, debemos recordar que el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución señala expresamente lo siguiente:

Artículo 62.- Libertad de contratar

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

35. En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último. Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62º de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos «no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, «no puede ser modificada legislativamente» como lo prescribe la última parte del artículo 62º de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.<sup>56</sup>

---

56 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC del 3 de octubre del 2003, fundamento 35.

En el presente caso, virtualmente todas las concesionarias de la red vial nacional firmaron convenios de estabilidad jurídica y Contratos de Seguridades y Garantías, lo que eleva los Contratos de Concesión a la categoría de contratos-ley.<sup>57</sup> Esto es muy relevante porque, por definición, los contratos-ley son intangibles.

*Ergo*, en virtud del artículo 62 de la Constitución, los contratos de concesiones viales «*no pueden ser modificados legislativamente*». En otras palabras, los Contratos de Concesión se encontraban blindados frente a futuros cambios legislativos. La inconstitucionalidad de la Ley N° 31018, entonces, se multiplica.

### 3.2. Vulneración del artículo 70 de la Constitución

El artículo 70 de la Constitución —que recoge la inviolabilidad del derecho de propiedad— señala expresamente lo siguiente:

Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad

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

En el presente caso, existen argumentos para sostener que las concesionarias viales han sido víctimas de una expropiación indirecta sin que se les reconozca el pago de una compensación en virtud del artículo 70 de la Constitución.

Aquí debemos recordar que la expropiación indirecta ocurre cuando, en ejercicio de actividad política o regulatoria, el Estado interfiere en el uso o disfrute de una inversión, depreciando sustancialmente su valor económico. Sobre el particular, en la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional señaló expresamente lo siguiente:

27. La noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. A nivel de derecho internacional se ha empleado expresamente dicha noción en el reconocimiento del deber de protección del Perú frente a inversionistas extranjeros en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, reconociendo el derecho de dichos agentes a ser indemnizados si son expropiados regulatoriamente.

---

57 A diferencia de lo que señalan algunos especialistas, consideramos que los Contratos de Seguridades de Seguridades y Garantías sí constituyen Contratos-Ley. De lo contrario, llegaríamos a la absurda conclusión de que el afianzamiento otorgado por el Estado Peruano mediante un Contrato de Seguridades y Garantías y un Decreto Supremo, en respaldo de las declaraciones y garantías contenidas en los Contratos de Concesión, no tendría absolutamente ningún valor. En nuestra opinión, esto es inadmisibile desde el punto de vista lógico y jurídico.

28. En el mismo sentido, conforme a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD) siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales ha clasificado a las expropiaciones (takings) en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en las creeping expropriation (aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo) y las expropiaciones regulatorias (aquellas donde la afectación al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal, en ejercicio de su poder de policía).

29. En Derecho Internacional, los criterios usualmente tomados en consideración por los tribunales internacionales para establecer que se ha violado la garantía contra la expropiación indirecta son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad, (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista, (iii) la duración de la medida adoptada, (iv) la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar y (v) la intención real del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta.

**30. A nivel interno, entendemos por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquellas en donde la Administración Pública a través de uno sobre regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición).** El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permiten extraerle un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.

31. A pesar que no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que la Constitución las tolere. Una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas. Encontramos que las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en el artículo 70.02, el artículo 2.º, inciso 23, el artículo 63.04, el artículo 71.5 y el artículo 61.06 de la Constitución.<sup>58</sup> (Énfasis agregado)

---

58 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 01735-2008-PA/TC del 20 de mayo del 2008, Voto del Magistrado Cesar Landa, fundamento 27-31.

Cualquier parecido con la realidad no es mera coincidencia. Bajo las consideraciones del Tribunal Constitucional, la Ley que Suspende el Cobro de Peajes parece subsumirse en un típico caso de expropiación indirecta. Si bien esta inconstitucionalidad es más discutible que la anterior, creemos que existen argumentos para sostenerla. Y es que precisamente en el presente caso el Congreso ha privado a las concesionarias del disfrute de su inversión. Además, ahí donde el artículo 70 de la Constitución establece que no puede haber expropiación sin compensación, la Ley N° 31018 estipula que la suspensión de los peajes «no causará ni generará derecho compensatorio». Por donde se le vea, la Ley que Suspende el Cobro de Peajes es inconstitucional.

### **2.3. Otras consideraciones que debería tener en cuenta el Tribunal Constitucional**

El artículo 63 de la Constitución que recoge los mandatos aplicables a la inversión nacional y extranjera reza:

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

Resulta innegable que dentro del espíritu del artículo 63 de la Constitución se encuentra el deber del Estado de promover la inversión extranjera. La Ley N° 31018, sin embargo, la desincentiva sustancialmente. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que como consecuencia de la ley se genera un impacto negativo en la percepción del riesgo regulatorio. Este es un aspecto no menor que debe ser tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional. No cabe la menor duda de que ningún inversionista invierte en un país si es que no tiene la convicción de que sus contratos van a ser respetados y que el marco legal que lo motivó a realizar la inversión se va a mantener estable.

Así lo han denunciado los embajadores de Canadá, Australia, Francia y Colombia al señalar que Ley N° 31018 «*compromete peligrosamente las inversiones privadas tan importantes y necesarias en un contexto como el actual en el que el Perú requiere enfrentar decididamente los impactos económicos de la pandemia del Covid-19*».<sup>59</sup>

No cabe la menor duda de que, como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 31018, el costo de capital para invertir en proyectos peruanos se ha visto incrementado significativamente. En ese sentido, la Ministra Alva ha señalado que el Perú tenía una cartera de obras por hacer, y, debido a la ruptura de los Contratos de Concesión, existe el riesgo de que ya no se hagan. Una de las obras que podría encontrarse potencialmente en riesgo es la vía de Evitamiento de Chimbote, que sin

---

59 Ver: <https://caretas.pe/politica/ley-de-peajes-embajadores-reconocen-su-error-tras-enviar-una-carta-enviada-al-congreso/> (acceso: 10 de junio de 2020).



lugar a dudas iba a beneficiar muchísimo a la población. Esto es muy grave teniendo en cuenta que es función constitucional del Estado Peruano promover la inversión extranjera, no ahuyentarla.

#### **4. Alternativas de las concesionarias viales bajo el derecho internacional: *contract-based claims* o *treaty-based claims***

##### **4.1. El consentimiento en el arbitraje de inversiones**

Es muy común escuchar frases como «*el arbitraje es una criatura contractual*», o «*como el romance consumado, el arbitraje se basa en el consentimiento*». Qué duda cabe, el consentimiento es la piedra angular del arbitraje. Y, al igual que cualquier tipo de arbitraje, el arbitraje de inversiones siempre se basa en el consentimiento. Así, el consentimiento del Estado anfitrión y del inversionista es un requisito indispensable para la jurisdicción del tribunal arbitral.

Ahora bien, en el arbitraje de inversión el consentimiento puede ser otorgado de tres maneras: (i) mediante una cláusula arbitral celebrada por el inversionista y el Estado anfitrión; (ii) por una provisión en una ley de inversión del Estado anfitrión; o, (iii) a través de una cláusula arbitral incluida en un tratado.

Sobre el particular, el profesor Schreuer explica las tres formas en que se puede expresar el consentimiento en las siguientes palabras:

In practice, consent is given in one of three ways. The most obvious way is a consent clause in a direct agreement between the parties. Dispute settlement clauses providing for investor/State arbitration are common in contracts between States and foreign investors.

Another technique to give consent to arbitration is a provision in the national legislation of the host State, most often its investment code. Such a provision offers arbitration to foreign investors in general terms. Many capital importing countries have adopted such provisions. Since consent to arbitration is always based on an agreement between the parties, the mere existence of such a provision in national legislation will not suffice. The investor may accept the offer in writing at any time while the legislation is in effect. In fact, the acceptance may be made simply by instituting proceedings.

The third method to give consent to arbitration is through a treaty between the host State and the investor's State of nationality. Most bilateral investment treaties (BITs) contain clauses offering arbitration to the nationals of one State party to the treaty against the other State party to the treaty. The same method is employed by a number of regional multilateral treaties such as the NAFTA and the Energy Charter Treaty. Offers of consent contained in treaties must also be perfected by an acceptance on the part of the investor. (Schreuer, 27 de febrero de 2007, p. 1)

En definitiva, el consentimiento puede derivarse de un contrato, de una ley de inversión o de un tratado, lo que implica que los reclamos pueden provenir de cada uno de ellos.



En nuestra opinión, en el presente caso las concesionarias podrían acceder al arbitraje internacional, en primer lugar, en virtud del consentimiento expresado en los Contratos de Concesión; y de existir, en virtud de consentimiento expresado en un tratado. En efecto, nos encontramos ante el típico caso en que, siempre que se cumpla con algunos requisitos, los inversionistas podrían articular *contract-based claims* o, eventualmente, *treaty-based claims*.

Sobre este punto, en relación con la diferencia entre *contract-based claims* y *treaty-based claims*, en un reporte de UNCITRAL se señaló expresamente lo siguiente:

Contract and treaty obligations, for example, provide distinct bases for a substantive claim (with often different applicable substantive law).

A single measure from a host State can give rise to both a contract and a treaty claim, which can be brought in different forums and under different substantive laws, even though the parties might be substantially the same and seeking substantially the same relief [...].

The distinction between ‘treaty-based’ claims and ‘contract-based’ claims is essential in order to identify the correct forum for the resolution of the dispute and define the exact scope of an arbitral tribunal’s jurisdiction [...]. (UNCITRAL, s. f.)

Con el fin de evitar cualquier tipo de confusiones, a continuación analizaremos cada una de las alternativas que tienen las concesionarias viales por separado.

#### **4.2. Primera alternativa: las concesionarias viales podrían articular reclamos que se basen en los Contratos de Concesión (*contract-based claims*)**

##### **(i) Acceso al arbitraje internacional en virtud de los Contratos de Concesión**

###### *a) Acceso al arbitraje internacional en virtud de los Contratos de Concesión de la red vial nacional*

Las concesionarias de la red vial nacional y el Estado Peruano, a través del MTC, han consentido el acceso a arbitraje internacional en los Contratos de Concesión. Así, la cláusula de solución de controversias de los Contratos de Concesión reza:

Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

Cuando las controversias No-Técnicas tengan un monto involucrado superior a **[Diez Millones y 00/100 Dólares (US\$10,000,000,00), Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$5,000,000,00) o Treinta Millones y 00/100 Dólares (US\$30,000,000,00) dependiendo del contrato de concesión]** o su equivalente en moneda nacional, las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo dentro del plazo de seis (6) meses para el caso del arbitraje internacional, pudiendo ampliarse por decisión conjunta de las Partes en los términos establecidos.

En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo referido en el párrafo precedente, **las controversias suscitada serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho, administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siendo aplicables para este caso el reglamento y las reglas CIADI aplicables a los procedimientos de Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados**, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26210, a cuyas Normas las Partes se someten incondicionalmente. Alternativamente, las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuero distinto al del CIADI si así lo estimaran conveniente.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE en representación del Estado de la República del Perú declara que al CONCESIONARIO se le considerará como “Nacional de Otro Estado Contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere tal. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos de América, y será conducido en idioma castellano.

Si por cualquier razón el CIADI decidiera no ser competente o declinara asumir el arbitraje promovido en virtud de la presente Cláusula, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas que: (a) tengan un monto Involucrado superior a **[Diez Millones y 00/100 Dólares (US\$10,000,000,00), Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$5,000,000,00) o Treinta Millones y 00/100 Dólares (US\$30,000,000,00) dependiendo del contrato de concesión]** o su equivalente en moneda nacional, o (b) las Partes no estén de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, al Reglamento de Arbitraje del UNCITRAL (siglas en inglés) o CNUDMI (siglas en castellano). En ese caso el arbitraje se llevará a cabo en Lima, Perú, en idioma Castellano, siendo aplicable la Ley Peruana. (Énfasis agregado)

Con respecto a la posibilidad de que las concesionarias viales de la red vial nacional puedan acudir al CIADI en virtud de los contratos, tenemos cuatro comentarios.

En *primer lugar*, la mayor parte de Contratos de Concesión son claros al establecer que, para que las partes se encuentren habilitadas para iniciar un arbitraje internacional, deben primero intentar resolver la disputa mediante un trato directo no menor de seis meses.

En efecto, varios de los Contratos de Concesión establecen que:

Tratándose del arbitraje internacional, el período de negociación o trato directo será no menor a seis (6) meses. Dicho plazo se computará a partir de la fecha en la que la parte que invoca la cláusula notifique su solicitud de iniciar el trato directo al Ministerio de Economía y Finanzas en su calidad de Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

Así, en principio, mientras los inversionistas no notifiquen al Ministerio de Economía y Finanzas con una solicitud de trato directo, el plazo de seis meses no se empieza a computar.

En *segundo lugar*, a efectos de que las concesionarias viales puedan iniciar un arbitraje CIADI, no cabe la menor duda de que deberán cumplir escrupulosamente con los requisitos previstos en el artículo 25 del Convenio CIADI:

#### Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, **las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.** (*Énfasis agregado*)

Así, entre varios otros requisitos, será indispensable verificar que el Estado receptor de la inversión, esto es, el Estado Peruano, sea parte del Convenio CIADI (lo que se encuentra acreditado)<sup>60</sup> y que las concesionarias viales califiquen como nacionales de otro Estado Contratante en virtud de lo previsto en el inciso 2 del artículo 25 del Convenio CIADI.

En *tercer lugar*, es importante recordar que en la cláusula de solución de controversias de los Contratos de Concesión el Estado Peruano declaró que a los concesionarios se le consideraría como «*Nacional de Otro Estado Contratante*» por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio CIADI.

En *cuarto lugar*, debemos enfatizar que no en virtud de cualquier daño las concesionarias viales pueden acudir a un arbitraje CIADI al amparo de los contratos de

---

<sup>60</sup> La República del Perú suscribió el Convenio CIADI el 4 de septiembre de 1991, y lo ratificó el 9 de agosto de 1993.

concesión.<sup>61</sup> La posibilidad de iniciar un arbitraje internacional se encuentra limitada por la magnitud del daño sufrido por las concesionarias. Cada contrato de concesión establece un umbral.

La mayor parte de los contratos de concesión suscritos por las concesionarias autosostenibles establece que para acudir al CIADI el monto involucrado en la controversia debe ser igual o mayor a US\$10 millones, mientras que en algunos otros debe ser igual o mayor a US\$5 millones. Se trata de cuantías considerablemente bajas en comparación con otro tipo de contratos de concesión celebrados por el Estado Peruano. Tan solo uno de los Contratos de Concesión estipula que para acudir al CIADI el monto involucrado debe ser igual o mayor a US\$30 millones.<sup>62</sup>

Con respecto a la superación de los umbrales previstos en los contratos de concesión, el Decreto Supremo N° 094-2020-PCM —en virtud del cual el Poder Ejecutivo prorroga el Estado de Emergencia Nacional hasta el 30 de junio de 2020— es de extrema relevancia, bajo el entendido de que el artículo único de la Ley N° 31018 suspendió con carácter excepcional y provisional el cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada ***mientras dure el Estado de Emergencia Nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19*** (énfasis agregado).

Pues bien, en la medida que el lucro cesante que están sufriendo las concesionarias viales como consecuencia de la suspensión del cobro de peajes es acumulativo, esto es, se incrementa con el paso del tiempo —en tanto la suspensión se encuentra condicionada a la duración del Estado de Emergencia Nacional—, cada día que pasa se incrementan las posibilidades de que las concesionarias superen el umbral previsto en los Contratos de Concesión [US\$5 millones, US\$10 millones o US\$30 millones] y, por ende, se encuentren habilitadas para iniciar un arbitraje internacional.

Como bien ha señalado Mori, «congresistas, reguladores y presidentes coinciden en que el Proyecto [Ley que Suspende el Cobro de Peajes] es una bomba de tiempo» (Mori Bregante, 7 de mayo de 2020). Y es que la Ley N° 31018 ha creado varias bolas de nieve que, más pronto que tarde, serán lo suficientemente grandes para activar el inicio de arbitrajes de inversión que pondrán en riesgo el erario nacional.

Por otro lado, una de las cuestiones más relevantes que determinará, en gran medida, el desenlace de los potenciales arbitrajes de inversión es lo que pueda ocurrir después del 30 de junio. Y es que si bien es verdad que mediante Decreto Supremo N° 094-2020-PCM se prorrogó el Estado de Emergencia Nacional y el aislamiento social obligatorio hasta esa fecha, no es menos cierto que lo único que le brinda al Gobierno la prerrogativa de restringir y/o suspender ciertos derechos

61 O, subsidiariamente, a un arbitraje *ad hoc* sometido al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).

62 Previsiblemente, las concesionarias viales no tendrán ningún problema en superar los umbrales previstos en los Contratos de Concesión. No solo porque, como bien ha señalado Emily Horna, la recaudación mensual de cuatro de las seis concesionarias autosostenibles de red vial nacional oscilaba entre S/15 millones y S/17 millones mensuales, sino porque —como bien lo sugiere Mori (27 de mayo de 2020)— las concesionarias siempre pueden acumular pretensiones adicionales en el procedimiento arbitral, como por ejemplo, la entrega de terrenos, lo que la ayuda a incrementar el monto en disputa.

constitucionales es, precisamente, el Estado de Emergencia Nacional.<sup>63</sup> Esto tiene consecuencias enormes.

Y es que si bien resulta plausible que el Gobierno levante la cuarentena el 30 de junio, difícilmente levantará el Estado de Emergencia Nacional. Dadas las actuales circunstancias, el Gobierno necesita en mayor o menor medida las prerrogativas de un Estado de Emergencia Nacional por un tiempo considerable (por no decir hasta que ecuentren la vacuna).<sup>64</sup> Difícilmente el Gobierno se desprenderá de las prerrogativas de este régimen hasta que la situación esté controlada (lo que, dicho sea de paso, parece improbable en el corto plazo).

Naturalmente, en la medida en que la suspensión de los peajes se encuentra aunada al Estado de Emergencia Nacional, el lucro cesante de las concesionarias viales va a ser inmenso. Así lo han denunciado los embajadores de Canadá, Australia, Francia y Colombia al señalar «*considerando que, según la Ley N° 31018, la suspensión de los peajes se mantendrá mientras dure el Estado de Emergencia Nacional y, siendo esta duración (o eventuales extensiones) incierta, el impacto financiero en las concesiones viales afectadas es incalculable*».<sup>65</sup>

#### *b) Acceso al arbitraje internacional en virtud de los Contratos de Concesión de Lima Metropolitana*

La Municipalidad de Lima ha celebrado contratos de concesión con las empresas Línea Amarilla S.A.C. (LAMSAC) y Rutas de Lima.<sup>66</sup> En este caso, las concesionarias y la Municipalidad de Lima han consentido el acceso a arbitraje internacional en sus respectivos contratos de concesión. A tales efectos, la cláusula de solución de controversias de los contratos de concesión señala lo siguiente:

b) Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho Ad – Hoc, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables y los términos

---

<sup>63</sup> El artículo 137 de la Constitución establece que «el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República».

<sup>64</sup> Ciertamente, esta es una prerrogativa muy peligrosa que se puede prestar a abusos. Los ciudadanos deben estar muy vigilantes a las decisiones del Gobierno. No dudamos que el Presidente la utilizará con la mesura y la sensatez que amerita el caso. Y es que, por definición, el Estado de Emergencia Nacional debiese ser temporal.

<sup>65</sup> Ver: <https://caretas.pe/politica/ley-de-peajes-embajadores-reconocen-su-error-tras-enviar-una-carta-enviada-al-congreso/> (acceso: 10 de junio de 2020).

<sup>66</sup> Mientras que LAMSAC administra 11 peajes, Rutas de Lima administra 7.

del presente Contrato. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

(i) Cuando las controversias No-Técnicas de Mayor Valor: **Las Controversias No Técnicas en las que (a) el monto involucrado sea superior a [Diez Millones y 00/100 Dólares (US\$10,000,000,00)] o su equivalente en Nuevos Soles;** o (b) que no puedan ser cuantificadas o apreciadas en dinero, (c) aquéllas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por la República del Perú mediante Resolución Legislativa N° 26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE en representación del Estado de la República del Perú declara que al CONCESIONARIO se le considere como “nacional de otro Estado Contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal, para este efecto.

El arbitraje tendrá lugar en Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica, salvo que las Partes acuerden establecer como sede arbitral la ciudad de Lima, Perú y/o cualquier otra sede. El arbitraje será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente en el plazo que establezca el Tribunal Arbitral [...].

**Si por cualquier razón el CIADI decidiera no ser competente o declinara asumir el arbitraje promovido en virtud del presente Capítulo, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas a las que se refiere el presente literal, a arbitraje de derecho conforme a las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional),** el cual será llevado a cabo por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento. El arbitraje tendrá lugar en Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica, salvo que las Partes acuerden establecer como sede arbitral la ciudad de Lima, Perú y/o cualquier otra sede. El arbitraje será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente en el plazo que establezca el Tribunal Arbitral.

Si cualquiera de las partes no pudiera someterse al Reglamento del CIADI porque su país de origen o el país de origen de sus accionistas no es signatario del Convenio CIADI, las Partes de manera anticipada y sin la necesidad de acudir al CIADI para que éste se declare incompetente, aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas a las que se refiere el presente literal, a arbitraje de derecho conforme a las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL (Comisión de las Naciones para el derecho mercantil internacional), el cual será



llevado a cabo por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento. El arbitraje tendrá lugar en Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica, salvo que las Partes acuerden establecer como sede arbitral la ciudad de Lima, Perú y/o cualquier otra sede. El arbitraje será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente en el plazo que establezca el Tribunal Arbitral. (Énfasis agregado)

Sin perjuicio de que LAMSAC y Rutas de Lima también tienen que cumplir los requisitos previstos en el artículo 25 del Convenio CIADI para acceder a un arbitraje CIADI, y más allá de que las cláusulas de solución de controversias de sus contratos de concesión sea similar a la de los concesionarios de la red vial nacional, existe un problema ulterior: la posibilidad de acudir al CIADI se encuentra restringida para ellos.

Al respecto, debe recordarse el mandato previsto en el artículo 25 inciso 3 del Convenio CIADI: «**Artículo 25. [...] (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado**, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria» (énfasis agregado).

Lo cierto es que la única entidad —dentro de la categoría de subdivisiones políticas y organismos públicos— que se encuentra acreditada por el Estado Peruano frente al CIADI bajo los términos del artículo 25 inciso 3 del Convenio CIADI es Perupetro S.A.<sup>67</sup> Por lo tanto, al no estar acreditada la Municipalidad de Lima como subdivisión política del Estado Peruano, LAMSAC y Rutas de Lima se encuentran imposibilitadas de demandarla en el CIADI en virtud de sus contratos de concesión.

Previsiblemente, de articular reclamos que se basen en los contratos de concesión, tanto LAMSAC como Rutas de Lima iniciarán arbitrajes *ad hoc* sometidos al Reglamento de Arbitraje UNCITRAL. Probablemente esta sea la razón por la cual la reciente controversia entre Rutas de Lima y la Municipalidad de Lima —en que se condenó a esta última a pagar aproximadamente US\$70 millones— fue resuelta precisamente en un arbitraje *ad hoc* sometido al Reglamento de Arbitraje UNCITRAL.<sup>68</sup>

### *c) Reticencia de las concesionarias de la red vial nacional y de la red local concesionada de acceder al arbitraje doméstico*

Si es que el monto en disputa fuese menor a los umbrales estipulados en los Contratos de Concesión, las controversias tendrían que ser resueltas mediante un arbitraje doméstico administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima («CCL»). Al respecto, las cláusulas de solución de controversias de los Contratos de Concesión señalan expresamente lo siguiente:

Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o me-

67 Esa es precisamente la razón por la cual Pluspetrol Perú Corporation S.A., Pluspetrol Lote 56 S.A., Hunt Oil Company of Peru L.L.C., Sucursal del Perú, SK Innovation, Sucursal Peruana, Tecpetrol Bloque 56 S.A.C. y Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú pudieron demandar a Perupetro S.A. en el Caso CIADI N° ARB/12/28.

68 Ver: <https://gestion.pe/peru/lima-perdio-ahora-se-tendra-que-pagar-s230-millones-a-rutas-de-lima-por-peaje-de-puente-piedra-noticia/?ref=gesr> (acceso: 31 de mayo de 2020).

nor a **[Diez Millones y 00/100 Dólares (US\$10,000,000,00), Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$5,000,000,00) o Treinta Millones y 00/100 Dólares (US\$30,000,000,00) dependiendo del contrato de concesión]**, o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, Ad-Hoc, a través de un procedimiento que se seguirá de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.

Las Partes podrán someter las controversias a las reglas o procedimientos de otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima, para ello se requerirá acuerdo expreso que deberá constar por escrito. El lugar del arbitraje será la ciudad de Lima, capital de la República del Perú; el idioma oficial a utilizarse será el castellano; **y la ley aplicable, la ley peruana.** (Énfasis agregado)

Es de esperar que ninguna concesionaria opte por iniciar un arbitraje doméstico. Esta alternativa no parece atractiva. Como se desprende de los Contratos de Concesión, la ley aplicable a cualquiera de dichos arbitrajes es la legislación peruana. Y lo cierto es que, más allá de su cuestionada constitucionalidad, la Ley N° 31018 está tan vigente en la legislación peruana como cualquier otra.

Por lo tanto, iniciar un arbitraje doméstico mediante el cual las concesionarias soliciten el pago del lucro cesante de los peajes, implicaría pedirle a un tribunal arbitral que contravenga el texto expreso de la ley. Para muchos árbitros, sería casi prevaricato. A menos que nos encontremos frente a un tribunal arbitral realmente osado que se atreva a aplicar (un cuestionable) control difuso en el procedimiento arbitral, la pretensión de las concesionarias en un arbitraje doméstico parece misión imposible.

Tampoco parece estratégico que las concesionarias invoquen la aplicación del mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que existe una ley vigente dictada por el Congreso que ha suspendido el cobro de los peajes y, por ende, difícilmente OSITRAN o la Municipalidad de Lima acepten reconocer la aplicación de dicha cláusula en el presente caso. Estén de acuerdo o no con la petición de las concesionarias, acceder a sus pedidos implicaría contravenir abiertamente una ley que se encuentra vigente en el sistema jurídico peruano.

No tenemos la menor duda de que las concesionarias solicitarán a OSITRAN el restablecimiento económico de los contratos. El problema, sin embargo, es que la Ley N° 31018 establece claramente que *«la suspensión [...] no causará ni generará derecho compensatorio»*. La ley, hay que recalcarlo, no distingue compensaciones. Todo tipo de compensación que sea posible imaginar está proscrito. Por lo tanto, consideramos que OSITRAN estará impedido de reconocer, a manera enunciativa, extensiones del plazo de la concesión, incremento de tarifas, etcétera.<sup>69</sup>

---

69 Muchos han sostenido —con razón— que la medida más eficiente para solucionar la controversia con las concesionarias viales sería ampliar el plazo de las concesiones. No les falta razón. Una medida como ésta dejaría satisfechas a las concesionarias y no causaría mucho ruido político. El problema, sin embargo, es que la Ley N° 31018 prohíbe cualquier tipo de compensación que se genere como



Esto guarda absoluta consistencia con las últimas declaraciones de la Presidente de OSITRAN, quien ha señalado que OSITRAN no cuestiona la suspensión del cobro de peajes, ni tampoco pretende que el Congreso dé marcha atrás en toda la norma. Únicamente solicita que se revise el párrafo que señala que no se generará derecho compensatorio en favor de las concesionarias.<sup>70</sup>

Al respecto, la Presidente de OSITRAN ha expresado que:

Las razones para la emisión de esta ley no quedan claras. La letra de la norma textualmente señala que se suspende el cobro del peaje «con el objeto de evitar el contacto con los usuarios»; sin embargo, si esa era la razón, bastaba con prohibir que el cobro se realice de modo manual en las unidades de peaje y permitir que el concesionario genere otros mecanismos de cobro al usuario o de resultar onerosa dicha posibilidad, utilice los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico que cada contrato establece.<sup>71</sup>

En el mismo sentido, se han reportado las siguientes declaraciones de la Dra. Verónica Zambrano:

La presidenta del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), Verónica Zambrano, indicó hoy que eliminar el artículo que impide el derecho compensatorio en la ley que suspende el cobro de peajes, evitaría la inconstitucionalidad de la norma.

Así lo señaló durante su exposición en la reunión virtual con la Comisión de Transporte y Comunicaciones del Congreso que duró cerca de cuatro horas.

**La titular del ente regulador precisó que, no se está cuestionando la suspensión el cobro de peajes, ni que se dé marcha atrás en toda la norma, sino que se revise el artículo que señala que no se causará, ni generará derecho compensatorio a los concesionarios, lo que rompería la correspondencia económica y probable suspensión de obligaciones contractuales.**

Como sabemos, el cobro de las tarifas del peaje permite que el concesionario cumpla con sus obligaciones de mantenimiento rutinario y periódico de la vía, brinde asistencia vehicular, realice nuevas construcciones, entre otros, permitiendo la transitabilidad por las carreteras en condiciones óptimas. Estos beneficios, de ser retirados, afectarían directamente a los usuarios que transitan por las carreteras.

La titular del Ositrán sostuvo que la norma tal como está, altera el cumplimiento

---

consecuencia de la suspensión, y la ampliación del plazo de las concesiones es, en buena cuenta, una compensación. Al día de hoy, por ende, OSITRAN se encuentra imposibilitado de ampliar el plazo de las concesiones.

70 Y es que, como hemos visto, todo parece indicar que numerosas concesionarias viales han solicitado la suspensión del plazo de los contratos; sin embargo, en virtud de la Ley N° 31018, OSITRAN se encuentra imposibilitado de otorgarles este remedio.

71 Ver: <https://peru21.pe/opinion/protegiendo-a-los-ciudadanos-a-proposito-de-la-suspension-del-cobro-de-peajes-pandemia-coronavirus-en-el-peru-ministerio-de-transporte-y-comunicaciones-congreso-ositrان-veronica-zambrano-copello-noticia/?ref=p21r> (acceso: 15 de junio de 2020).

de las obligaciones contractuales por parte del Estado, al prescribir que no hay posibilidad de ningún tipo de compensación, acción que podría ocasionar demandas judiciales e internacionales con altos costos de compensación que finalmente, serían asumidos por todos los contribuyentes.

**No se debe impedir la compensación, sino dejar que los contratos se regulen con sus propias reglas.**<sup>72</sup> (Énfasis agregado)

Este tipo de sutilezas sirven para evidenciar las implicancias que puede tener para el erario nacional la redacción de dos o tres palabras de una ley. Y es que bastaba con que el Congreso eliminase el último párrafo del artículo único de la Ley N° 31018 y estipulase en el primero «*suspéndanse los plazos de los contratos de concesión vial*» para que el Estado Peruano se ahorre cuantiosas indemnizaciones derivadas de potenciales arbitrajes internacionales.

### ***(ii) Incumplimientos que las concesionarias viales podrían imputarle al Estado Peruano***

Si bien los arbitrajes contractuales ante el CIADI son bastante menos usuales que los arbitrajes bajo tratado, consideramos que resulta perfectamente posible que en el presente caso las concesionarias de la red vial nacional inicien arbitrajes contractuales.

Esta decisión sería perfectamente racional. En la práctica del arbitraje internacional de inversiones es bastante pacífico que los estándares de incumplimiento de un contrato son bastante menos exigentes que los de un tratado. Esto implica que la carga de probar los incumplimientos del Estado se alivia significativamente en un caso contractual ante el CIADI.

En relación con este punto, Mori ha señalado expresamente que:

The concessionaires may also have ICSID clauses in their concession contracts, as is common in Peru, and could therefore bring contractual claims instead of or in addition to investment treaty claims. In contractual claims, he says international law defences might not have the same effect as contractual breaches may be judged by different standards [...].

It all will depend on the provisions of the specific BITs and the specific concession contracts. (Mori Bregante, 9 de abril de 2020)

Ahora bien, consideramos que las concesionarias viales podrían achacarle al Estado Peruano,<sup>73</sup> al menos, cuatro incumplimientos.

---

72 Ver: <https://andina.pe/agencia/noticia-inconstitucionalidad-peajes-se-solucionaria-derecho-a-compensacion-798197.aspx> (acceso: 15 de junio de 2020).

73 Si bien es inexacto desde el punto de vista técnico, para efectos prácticos, la Municipalidad de Lima estará comprendida como parte del Estado Peruano.

En *primer lugar*, debemos recordar que todos los contratos de concesión —tanto los de la red vial nacional como los de la red vial local— señalan que los concesionarios tienen derecho a cobrar un peaje.<sup>74</sup>

Pues bien, tal y como ha señalado Mori, el hecho de que un Decreto Supremo modifique un contrato —o la cláusula de tarifa de un contrato— constituye a todas luces un incumplimiento contractual, lo que ha sido reafirmado por diversos tribunales arbitrales (Mori Bregante, 27 de mayo de 2020). Debemos recordar, una vez más, que el artículo 62 de la Constitución establece que *«los términos contractuales no pueden ser modificaciones por leyes u otras disposiciones de cualquier clase»*.

Por lo tanto, existen argumentos de peso para sostener que, al decretar la suspensión del cobro de peajes, el Estado Peruano ha cometido un incumplimiento esencial de los Contratos de Concesión, que naturalmente desencadena el pago de compensaciones en favor de las concesionarias.

Previsiblemente, árbitros en un caso CIADI o UNCITRAL estarán mucho más abiertos a declarar la inconstitucionalidad de la Ley N° 31018 que un tribunal arbitral constituido en el marco de un arbitraje doméstico. Debemos recordar aquí que la legislación aplicable en un eventual arbitraje de inversión contractual es la legislación peruana. Por lo tanto, un tribunal CIADI o UNCITRAL estaría obligado a aplicar la legislación peruana, claro está, empezando por la norma con rango superior, *i.e.*, la Constitución.

Y lo cierto es que el artículo 138 de la Constitución señala expresamente que *«de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»*,<sup>75</sup> por lo que los árbitros están facultados a aplicar control difuso.<sup>76</sup>

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido jurisprudencialmente que los árbitros pueden y deben ejercer ese tipo de control. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 142-2011-PA/TC el Tribunal Constitucional señaló que:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente [...], y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de

---

74 Como señalamos anteriormente, todos los Contratos de Concesión contemplan una cláusula muy similar a la que se reproduce a continuación: «EL PEAJE Y LA TARIFA: Corresponde al CONCESIONARIO el cobro del Peaje. Se exigirá el pago del Peaje a cada Usuario que utilice los Tramos de la Concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo».

75 Si bien en los arbitrajes contractuales CIADI el factor correctivo del derecho internacional es limitado, consideramos que tribunales arbitrales internacionales tendrán mucho más apertura a declarar que la Ley N° 31018 es inconstitucional y, por ende, implica un incumplimiento de los contratos de concesión.

76 En el marco de un arbitraje internacional, en la medida que el derecho peruano será objeto de prueba, las partes podrían, eventualmente, contratar expertos de derecho peruano para que emitan su opinión con respecto a la constitucionalidad de la Ley N° 31018. Estos expertos en derecho constitucional peruano no solo ilustrarían a los árbitros con respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley N° 31018, sino incluso resaltarían a los árbitros que se encuentran facultados para ejercer control difuso.

constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdiccional ordinaria o constitucional.<sup>77</sup>

En el mismo sentido, en una nota de prensa publicada en el diario *Gestión*, Mori también enfatizó que:

De otro lado, dado que los concesionarios tienen dos vías para demandar internacionalmente al Perú, tanto por la vía de un alegado incumplimiento a estándares internacionales (como el Trato Justo y Equitativo) como la vía de incumplimientos contractuales, en este último caso la constitucionalidad de la Ley también podría ser levantada. Dado que la Ley Peruana de Arbitraje señala expresamente que «todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral», y teniendo en cuenta que los jueces tienen el poder de control difuso (a través del cual pueden inaplicar una ley a un caso concreto por considerarla inconstitucional), es posible también que los concesionarios se animen a solicitar a los árbitros internacionales que inapliquen la Ley en cuestión a su contrato concreto, por ser alegadamente inconstitucional. (Mori Bregante, junio de 2020)<sup>78</sup>

De hecho, la enorme cantidad de declaraciones de autoridades públicas y de especialistas del sector privado que denuncian la inconstitucionalidad de la ley es un gran aliciente para que a los árbitros no les tiemble la mano en aplicar control difuso. En todo caso, es importante anotar que, al momento de laudar, la Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Presidente Vizcarra habrá sido resuelta con seguridad.

Para Ignacio Suárez Anzorena, la inaplicación de la Ley N° 31018 mediante control difuso para el caso en concreto no representa el enfoque correcto en un arbitraje internacional.<sup>79</sup> Considera Suárez Anzorena que en un arbitraje internacional sometido a la legislación peruana el tribunal arbitral debe aplicar la ley pactada por las partes empezando por la norma de rango superior, esto es, la Constitución.

No estamos de acuerdo con el análisis de Suárez Anzorena. Ciertamente, el tribunal arbitral debe aplicar ley peruana empezando por la norma de rango superior. Sin embargo, la Constitución no brinda una respuesta directa a la disputa. Frente a ello, el tribunal arbitral analizará el marco legal y se tropezará la Ley N° 31018, que decreta que las concesionarias no tienen derecho a compensación como consecuen-

---

77 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 142-2011-PA/TC.

78 Sobre este particular, Mori ha señalado que «the constitutional challenge may also be invoked in contractual claims, he says, as it could be argued that arbitrators have the power under Peruvian Arbitration law to decide in the constitutionality of laws put before them». *Global Arbitration Review. Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>

79 En cambio, Ignacio Suárez Anzorena sí le encuentra mucha relevancia a la declaratoria de inconstitucionalidad general. Esto ocurriría, por ejemplo, si es que el Tribunal Constitucional declara que la Ley N° 31018 es inconstitucional.

cia de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes. Previsiblemente, el tribunal arbitral concluirá que la Ley N° 31018 contraviene diversas disposiciones constitucionales, entre ellas, el artículo 62 de la Constitución. Para motivar su decisión, qué duda cabe, invocará el artículo 138 de la Constitución, que señala que «*en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera*».

Así, en virtud del control difuso, el tribunal arbitral declarará que la Ley que Suspende el Cobro de Peajes es inconstitucional y, como consecuencia, inaplicará la norma. Y lo cierto es que, como hemos visto, el control difuso se encuentra contenido en la norma de rango superior que el tribunal arbitral está obligado a aplicar en una controversia en que la legislación aplicable es la peruana.

En definitiva, el control difuso no es incompatible con la aplicación directa de la Constitución, sino más bien su consecuencia natural. Así, sea que se analice la cuestión desde una perspectiva práctica o desde una perspectiva constitucional, la consecuencia es la misma. Todos los caminos conducen a Roma.

En *segundo lugar*, los concesionarios viales de la red vial nacional podrían achacarle al Estado Peruano un incumplimiento de las declaraciones y garantías (*reps & warranties*) recogidas en los Contratos de Concesión. Sobre este particular, debemos recordar que el Concedente representó lo siguiente en los Contratos de Concesión:

#### DECLARACIÓN DEL CONCEDENTE

EL CONCEDENTE, por su parte, declara y garantiza al CONCESIONARIO en la Fecha de Suscripción del Contrato, la veracidad y exactitud de las siguientes declaraciones. Asimismo, reconoce que la suscripción del Contrato por parte del CONCESIONARIO se basa en estas declaraciones:

Que, **el CONCESIONARIO tendrá derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes [...], y este derecho sólo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión previstos en la Sección XVI del Contrato.** (*Énfasis agregado*)

Asimismo, resulta pertinente recordar que el artículo 1 de los Decretos Supremos dictados en respaldo de los Contratos de Seguridades y Garantías señala expresamente lo siguiente:<sup>80</sup>

Artículo 1.- Declaraciones y seguridades

**Otórguese mediante contrato, las seguridades y garantías del Estado de la República del Perú, en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones a cargo del Estado Peruano**, contenidas en el Contrato de Concesión del Tramo Vial [X], a celebrarse con la empresa [Y], en calidad de Sociedad Concesionaria. (*Énfasis agregado*)

---

<sup>80</sup> Es importante mencionar que los convenios arbitrales de los Contratos de Seguridades y Garantías se remiten a los convenios arbitrales de los Contratos de Concesión.

Así pues, las concesionarias viales de la red vial nacional —que son las únicas que cuentan con el respaldo de Contratos de Seguridades y Garantías otorgados por el Estado Peruano— podrían argumentar que el Estado Peruano ha incumplido tanto el Contrato de Concesión como el Contrato de Seguridades y Garantías, puesto que en los contratos se representó que el concesionario «*tendr(ía) derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes hasta el vencimiento del Contrato, y este derecho solo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión*». Lo cierto es que en el presente caso no se ha verificado ninguna de las causales que gatilla la caducidad de los Contratos de Concesión, por lo que el Estado Peruano se encontraría en una situación de incumplimiento.<sup>81</sup>

Este incumplimiento constituiría un incumplimiento esencial porque priva sustancialmente a las concesionarias de lo que tenían derecho a esperar en virtud del contrato de concesión. Sin embargo, la gravedad del incumplimiento se multiplica si se tiene en cuenta que, en virtud de los Contratos de Seguridades y Garantías, los Contratos de Concesión habían adquirido la condición de contratos-ley y, por ende, se encontraban estabilizados.

En *tercer lugar*, las concesionarias de Lima Metropolitana<sup>82</sup> —LAMSAC y Rutas de Lima— podrían, eventualmente, solicitar al tribunal arbitral que reconozca un mecanismo de ajuste derivado de la configuración de eventos de caso fortuito o fuerza mayor y/u otros supuestos. Al respecto, los contratos de concesión de Lima Metropolitana señalan que:<sup>83</sup>

#### MECANISMOS DE AJUSTE DERIVADOS DE LA CONFIGURACIÓN DE EVENTOS DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR Y/U OTROS SUPUESTOS

18.6. Ante la configuración de algún supuesto previsto en el presente capítulo, por causas no imputables al CONCESIONARIO, corresponderá la aplicación de los siguientes mecanismos de ajuste para compensar al CONCESIONARIO por aquellos perjuicios económicos y financieros que haya asumido como consecuen-

---

81 En los Contratos de Concesión de la red vial nacional se estipuló que la concesión caducaría por la verificación de alguna de las siguientes causales: a) Vencimiento del Plazo de la Concesión. b) Mutuo acuerdo. c) Resolución del Contrato por incumplimiento del Concesionario. d) Resolución del Contrato por incumplimiento del Concedente. e) Decisión unilateral del Concedente. f) Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

82 Con respecto a los potenciales arbitrajes de LAMSAC y Rutas de Lima, en realidad existen varias particularidades en los contratos de concesión de Lima Metropolitana que, por motivos de espacio, no nos vamos a detener a analizar.

83 No hemos tenido a nuestro alcance el contrato de concesión de LAMSAC. Sin embargo, de acuerdo con lo que nos ha sido informado, cuenta con un texto muy similar al del contrato de concesión de Rutas de Lima. No obstante lo expuesto, resulta pertinente resaltar que, en virtud de la Adenda 1 al contrato de concesión de LAMSAC, la cláusula 4.6 establece que «procederá a pedido del CONCESIONARIO la ampliación del plazo de la Concesión como mecanismo para reestablecer el equilibrio económico-financiero de la Concesión y/o para compensar los perjuicios económicos generados al CONCESIONARIO como consecuencia de la configuración de eventos calificados como caso fortuito y/o fuerza mayor y/o Eventos Especiales. Para tales efectos serán de aplicación las disposiciones contenidas en los Capítulos X y XVII».

cia directa de la configuración de los eventos antes mencionados, de acuerdo a lo previsto en el numeral siguiente: **(a) ampliación del plazo de la Concesión, (b) incremento del Peaje, (c) reubicación de Unidades de Peaje, (d) implementación de Unidades de Peaje Adicionales**, (e) ajustes en los alcances de las Obras Obligatorias, (f) la combinación de los mecanismos anteriores, o (g) cualquier otro mecanismo acordado por las Partes. Los mismos mecanismos serán de aplicación para otros supuestos que, de acuerdo con lo indicado expresamente en el presente Contrato de Concesión, así lo requieran.

a) Los actos de cualquier Autoridad Gubernamental distintos a la cláusula 11.4 susceptibles de afectar los ingresos del CONCESIONARIO, tales como la generación de Puntos de Fuga dentro del ámbito de la Concesión, la aprobación de peajes diferenciados impuestos unilateralmente por el CONCEDENTE, o de exoneraciones para el pago del Peaje, entre otros.

b) La imposibilidad del CONCESIONARIO de contar con los flujos de las Unidades de Peaje Existentes a partir del 10 de febrero de 2013 por cualquier causal que no le sea imputable. (*Énfasis agregado*)

Por lo tanto, las concesionarias de Lima Metropolitana podrían solicitar al tribunal arbitral, por ejemplo, que ordene al Estado Peruano la ampliación de plazo de la concesión o el incremento del peaje, teniendo en cuenta que las concesionarias se han visto imposibilitadas de contar con los flujos de las unidades de peaje existente como consecuencia de la promulgación de Ley N° 31018, que a todas luces no les resulta imputable.

En *cuarto lugar*, las concesionarias viales podrían, por ejemplo, denunciar un incumplimiento de la cláusula de equilibrio económico-financiero que se encuentra presente en todos los Contratos de Concesión, argumentando que el Estado ha quebrado el equilibrio económico-financiero del contrato. En estos casos, la afectación se alcanza cuando se supera un porcentaje de desequilibrio ascendente al 10 %.

Sobre el particular, el artículo 37 del Decreto Legislativo N° 1362 establece expresamente lo siguiente:

Artículo 37.- Restablecimiento del equilibrio económico financiero

37.1 Los Contratos pueden incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.

**37.1 Una afectación se entiende como significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que para tales efectos debe establecer el respectivo Contrato de APP. En estos supuestos, se restablece el equilibrio económico financiero al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.** (*Énfasis agregado*)



Los típicos remedios que suelen otorgar tribunales arbitrales para restablecer el equilibrio económico del contrato son: (i) el incremento de tarifas; (ii) la extensión del plazo de la concesión; y, (iii) descontar la retribución del concedente. En ese sentido, las concesionarias podrían articular pretensiones frente a un tribunal arbitral solicitando que se les compense a través de cualquiera de dichos remedios.

#### **4.3. Segunda alternativa: las concesionarias viales podrían articular reclamos que se basen en TBI o APPRI (*treaty-based claims*)**

##### *(i) Cuestión previa*

En primer lugar, debemos señalar que las alternativas consistentes en articular un reclamo basado en el contrato (*contract-based claim*) o un reclamo basado en el tratado (*treaty-based claim*) no son excluyentes, lo que de suyo implica que es perfectamente posible que en el presente caso se articulen ambos reclamos al mismo tiempo (Mori Bregante, 27 de mayo de 2020).

Al respecto, en el caso *Perenco vs. Ecuador* el tribunal arbitral señaló que:

1023. Por los motivos que anteceden, el Tribunal decide lo siguiente:

a) Con motivo de **los incumplimientos de sus obligaciones emanadas de los Contratos de Participación y del Tratado**, la República del Ecuador deberá pagar a Perenco Ecuador Limited la suma de USD 448.820.400,00, que comprende los valores actuales netos de 2007 y 2010, más los intereses previos al juicio al 27 de septiembre.<sup>84</sup> (Énfasis agregado)

Así pues, en el presente caso las concesionarias pueden iniciar un arbitraje en virtud del contrato, del tratado o de ambos. Por ello, con respecto a la notificación de controversia presentada recientemente por un concesionario en contra del Estado Peruano, GAR ha reportado que «*it is unclear whether the potential claim Zambrano disclosed would be filed under a contract, treaty or both*».<sup>85</sup>

##### *(ii) El consentimiento en los arbitrajes internacionales bajo tratado*

La gran mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión («**TBIs**») contienen cláusulas que brindan acceso al arbitraje internacional. Ello explica por qué durante los últimos años la mayoría de casos CIADI se basan en TBIs. Para efectos prácticos, en la práctica del arbitraje internacional se interpreta que la cláusula arbitral contenida en un TBI constituye una oferta inequívoca del Estado para arbitrar dirigida a los nacionales de otros Estados<sup>86</sup>. Como bien señala Schreuer, «*this would be the case where*

---

<sup>84</sup> *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador*, Caso CIADI No.ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre del 2019.

<sup>85</sup> Global Arbitration Review. *Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>

<sup>86</sup> Sin lugar a dudas se tiene que tener cuidado con la redacción de las cláusulas de solución de con-



*the treaty states that each Contracting Party “hereby consents” or where the dispute “shall be submitted” to arbitration»* (Schreuer, 2007, p. 6).

Así, el consentimiento de un Estado al arbitraje en un TBI es una oferta que requiere de la aceptación del inversionista del otro Estado contratante. Ahora bien, es bastante pacífico que el inversionista puede aceptar la oferta de un TBI para arbitrar en el CIADI simple y llanamente mediante la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI. Sobre el particular, el tribunal arbitral del caso *Generation Ukraine vs. Ucrania* señaló que:

It is firmly established that an investor can accept a State’s offer of ICSID arbitration contained in a bilateral investment treaty by instituting ICSID proceedings. There is nothing in the BIT to suggest that the investor must communicate its consent in a different form directly to the State. [...] **It follows that the Claimant validly consented to ICSID arbitration by filing its Notice of Arbitration at the ICSID Centre.**<sup>87</sup> (Énfasis agregado)

Una vez que el consentimiento para arbitrar se ha visto perfeccionado a través de la aceptación de la oferta contenida en el TBI, este no se ve alterado, sin perjuicio de que los Estados parte del TBI acepten enmendar o terminar el tratado.<sup>88</sup>

(iii) *Los tratados ratificados por el Perú*

El Perú ha suscrito y ratificado más de 35 TBIs o Tratados de Libre Comercio («**TLCs**») con un capítulo de inversión que prevén, entre otras cosas: (i) protecciones sustantivas contra medidas gubernamentales que interfieren con el uso y disfrute de las inversiones en el Perú, y (ii) acceso al arbitraje internacional (incluido el acceso de un arbitraje internacional administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («**CIADI**»)).

---

troversias, porque no todas las referencias a arbitraje en un TBI constituyen ofertas válidas para arbitrar. Como explica Schreuer, «the States may promise to accede to a demand by an investor to submit to arbitration by stating that the host State “shall consent” to arbitration in case of a dispute. If the host State refuses to give its consent, it would be in breach of its obligation under the BIT, but a mere promise to give consent will hardly be accepted as amounting to consent. Therefore, in such a situation any remedy must, in the first place, lie with the treaty partner to the BIT» (Schreuer, 27 de febrero de 2007, pp. 6-7).

87 *Generation Ukraine v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre del 2003.

88 Debe recordarse asimismo que los tratados celebrados por el Perú también recogen requisitos de admisibilidad. En efecto, la mayor parte de dichos tratados establece que las partes solo podrán iniciar un arbitraje si es que no han podido llegar a un acuerdo dentro del plazo de seis meses. Dependiendo de la redacción de la cláusula, los tribunales arbitrales podrían concluir que ese «cooling-off period» es obligatorio o facultativo.

– *Lista de los Tratados Bilaterales de Inversión*

N.º	Título del Acuerdo	Partes	Tipo de Tratado	Status
1	Japón-Perú TBI (2008)	Japón; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
2	Colombia-Perú TBI (2007)	Colombia; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
3	Canadá-Perú TBI (2006)	Canadá; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
4	UEBL (Unión Económica Belgo-Luxemburguesa)-Perú TBI (2005)	UEBL (Unión Económica Belgo-Luxemburguesa); Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
5	Cuba-Perú TBI (2000)	Cuba; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
6	El Salvador-Perú TBI (1996)	El Salvador; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
7	Perú-República Bolivariana de Venezuela, TBI (1996)	Perú; República Bolivariana de Venezuela	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
8	Malasia-Perú TBI (1995)	Malasia; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
9	Finlandia-Perú TBI (1995)	Finlandia; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
10	Noruega-Perú TBI (1995)	Noruega; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
11	Alemania-Perú TBI (1995)	Alemania; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
12	Países Bajos-Perú TBI (1994)	Países Bajos; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
13	Dinamarca-Perú TBI (1994)	Dinamarca; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
14	Perú-Portugal TBI (1994)	Perú; Portugal	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
15	Perú-España TBI (1994)	Perú; España	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
16	Argentina-Perú TBI (1994)	Argentina; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
17	China-Perú TBI (1994)	China; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
18	Perú-Rumanía TBI (1994)	Perú; Rumanía	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
19	Italia-Perú TBI (1994)	Italia; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
20	Perú-Suecia TBI (1994)	Perú; Suecia	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
21	República Checa-Perú TBI (1994)	República Checa; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor

N.º	Título del Acuerdo	Partes	Tipo de Tratado	Status
22	Paraguay-Perú TBI (1994)	Paraguay; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
23	Francia-Perú TBI (1993)	Francia; Peru	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
24	Perú-Reino Unido TBI (1993)	Perú; Reino Unido	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
25	Estado Plurinacional de Bolivia-Perú TBI (1993)	Estado Plurinacional de Bolivia; Perú	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
26	Perú-Suiza TBI (1991)	Perú; Suiza	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor
27	Perú-Tailandia TBI (1991)	Perú; Tailandia	Tratado Bilateral de Inversión	En vigor

– *Lista de los Tratados con Capítulos de Inversión*

N.º	Título del Acuerdo	Título corto	Partes	Tipo de Tratado	Status
1	Acuerdo Integral Comprensivo y Progresivo de la Alianza Transpacífico (CPTPP)	Acuerdo Integral Comprensivo y Progresivo de la Alianza Transpacífico (CPTPP) (2018)	Australia; Brunei Darussalam; Canadá; Chile; Japón; Malasia; México; Nueva Zelanda; Perú; Singapur; Vietnam	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
2	Tratado de Libre Comercio Australia - Perú	Australia-Perú TLC (2018)	Australia; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
3	Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República-Perú y Brasil	Brazil-Peru ETEA (2016)	Brasil; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	Firmado
4	Acuerdo Transpacífico	TPP (2016)	Australia; Brunei Darussalam; Canadá; Chile; Japón; Malasia; México; Nueva Zelanda; Perú; Singapur; Estados Unidos; Vietnam	Tratado con Provisiones de Inversión	Firmado

N.º	Título del Acuerdo	Título corto	Partes	Tipo de Tratado	Status
5	Tratado de Libre Comercio Perú-Honduras	TLC Honduras-Perú (2015)	Honduras; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
6	Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico	Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014)	Chile; Colombia; México; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
7	Acuerdo Marco de Cooperación Económica, Comercial, Técnica y de Inversiones con los Estados Miembro del Consejo de Cooperación del Golfo (CCG)	Acuerdo Marco CCG-Perú (2012)	CCG (Consejo de Cooperación del Golfo); Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	Firmado
8	Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembro, de un lado, y Colombia, Perú y Ecuador, del otro lado	Tratado de Libre Comercio UE-Colombia-Ecuador-Perú (2012)	Colombia; Ecuador; UE (Unión Europea); Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
9	Tratado de Libre Comercio Guatemala-Perú	TLC Guatemala-Perú	Guatemala; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	Firmado
10	Acuerdo de Asociación Económica Japón-Perú	Japón-Perú EPA	Japón; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
11	Tratado de Libre Comercio Panamá y Perú	TLC Panamá-Perú FTA	Panamá; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
12	Tratado de Libre Comercio Costa Rica-Perú	Costa Rica-Perú FTA	Costa Rica; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
13	Tratado de Libre Comercio México-Perú	TLC Mexico-Perú	México; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
14	Tratado de Libre Comercio República de Corea-Perú	TLC Corea-Perú	República de Corea, Peru	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
15	Tratado de Libre Comercio AELC and Perú	TLC AELC-Perú	AELC (Asociación Europea de Libre Comercio); Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
16	Tratado de Libre Comercio China-Perú	TLC China-Perú (2009)	China; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor

N.º	Título del Acuerdo	Título corto	Partes	Tipo de Tratado	Status
17	Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú	TLC Canadá-Perú	Canadá; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
18	Tratado de Libre Comercio Singapur-Perú	TLC Peru-Singapur (2008)	Perú; Singapur	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
19	Tratado de Libre Comercio Chile-Perú	TLC Chile-Perú	Chile; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
20	Tratado de Libre Comercio Estados Unidos de América-Perú	TLC Perú-Estados Unidos (2006)	Perú; Estados Unidos de América	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
21	Acuerdo de Complementación Económica N° 58 entre Perú y los Estados Parte del Mercosur	Acuerdo de Complementación MERCOSUR-Perú	MERCOSUR (Mercado Común Sudamericano); Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
22	Acuerdo Marco para una Asociación Económica más Cercana entre Perú y Tailandia	Acuerdo Marco Perú-Tailandia	Perú; Tailandia	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
23	Tratado General de Integración y Cooperación Económica y Social para la Conformación de un Mercado Común entre Bolivia y Perú	Tratado General de Integración y Cooperación Bolivia-Perú	Estado Plurinacional de Bolivia; Perú	Tratado con Provisiones de Inversión	Firmado
24	Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Comunidad Andina y sus Países Miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela)	Acuerdo de Cooperación Comunidad Andina-Comunidad Europea	CAN (Comunidad Andina); UE (Unión Europea);	Tratado con Provisiones de Inversión	Firmado
25	Acuerdo Marco Tailandia-Perú	Acuerdo Marco Perú-Tailandia	Perú; Tailandia	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor

N.º	Título del Acuerdo	Título corto	Partes	Tipo de Tratado	Status
26	Acuerdo de Cooperación Comercial y de Inversión entre el Gobierno de Canadá y los Gobiernos de la Comunidad Andina	Acuerdo de Cooperación Canadá-Comunidad Andina	CAN (Comunidad Andina); Canadá;	Tratado con Provisiones de Inversión	En vigor
27	Acuerdo entre Estados Unidos de América y los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Estados Miembros de la Comunidad Andina, relativo al establecimiento de un consejo sobre el comercio y la inversión	Comunidad Andina-El Consejo de Comercio e Inversión en Estados Unidos	CAN (Comunidad Andina); Estados Unidos de América	Tratado con Provisiones de Inversión	Signed
28	Acuerdo Marco para la creación de una Zona de libre Comercio entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR	Acuerdo Marco Comunidad Andina-Mercosur	CAN (Comunidad Andina); MERCOSUR (Mercado Común Sudamericano)	Tratado con Provisiones de Inversión	In force
29	Tratado Constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio	Tratado ALALC	ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio)	Tratado con Provisiones de Inversión	In force
30	Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)	Acuerdo de Cartagena	CAN (Comunidad Andina)	Tratado con Provisiones de Inversión	In force

***(iv) Protecciones sustantivas contra medidas gubernamentales que interfieren con el uso y disfrute de las inversiones en el Perú***

*a) Trato justo y equitativo*

La mayor parte de los TBIs o TLCs suscritos y ratificados por el Perú contienen una provisión en virtud de la cual el Estado Peruano se obliga a garantizar en su territorio un trato justo y equitativo. Estas cláusulas tienen las más variadas redacciones y, dependiendo del caso en concreto, el estándar de protección puede ser mayor o menor. Una cláusula estándar de trato justo y equitativo que se suele incluir en este tipo de tratados es la siguiente:

«Cada parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitati-

vo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte contratante».

### *b) Expropiación*

Los TBIs o TLCs suscritos y ratificados por el Perú incluyen un artículo que establece que el Estado se encuentra legitimado para expropiar una inversión siempre que ella se realice por razones de necesidad o utilidad pública, y se pague al inversionista sin demora injustificada una indemnización adecuada.

Estas cláusulas también suelen ser redactadas de forma diversa en los TBIs y en los TLCs. A manera ilustrativa, compartimos una típica cláusula que suele ser incluida en este tipo de tratados:

La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una parte contratante contra las inversiones de inversores de la otra parte contratante en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por razones de necesidad o utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso será discriminatoria. La parte contratante que adoptara estas medidas pagara al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.

### *c) Cláusula de la Nación más Favorecida*

Algunos TBIs suscritos y ratificados por el Perú recogen una cláusula en virtud de la cual los Estados aceptan extender automáticamente al inversionista cualquier mejor tratamiento que se conceda en el futuro o ya se haya concedido a los inversionistas de otro Estado. Una cláusula de la nación más favorecida estándar que suele incluirse en los TBIs y TLCs suscritos y ratificados por el Perú es la siguiente: *«El tratamiento que reciba el inversionista no será menos favorable que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de nación más favorecida».*

### *d) Cláusulas paraguas*

Algunos TBIs —como, por ejemplo, los que el Estado Peruano ha celebrado con Italia, el Reino Unido o Alemania— incluyen cláusulas paraguas.

La existencia de estas cláusulas en los tratados habilita a los inversionistas a elevar incumplimientos contractuales al plano del derecho internacional y, en consecuencia, discutirlos en un arbitraje de inversión. A tales efectos, el profesor Schreuer describe las cláusulas paraguas con las siguientes palabras:

An umbrella clause is a provision in a treaty under which the State parties undertake to observe any obligations they may have entered into with respect to investments. In other words, contractual obligations are put under the treaty's protective umbrella. It is widely accepted that under the regime of an umbrella clause violations of a contract between the host State and the investor are treaty

violations. It would follow that a provision in a BIT offering consent to arbitration for violations of the BIT extends to contract violations covered by the umbrella clause (Schreuer, 27 de febrero de 2007, p. 10).

Si bien las cláusulas paraguas tienen redacciones muy diversas, una típica redacción de cláusula paraguas estándar es la siguiente:

«Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya adquirido respecto a inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante».

A manera ilustrativa, en *CMS Gas Transmission vs. Argentina* la cláusula paraguas contenida en el artículo II(2)(c) del BIT entre Argentina y Estados Unidos establecía lo siguiente: «*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*».

En relación con la cláusula paraguas, el tribunal arbitral arribó a la siguiente conclusión:

The Tribunal must therefore conclude that the obligation under the umbrella clause of Article II(2)(c) of the Treaty has not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the treaty.<sup>89</sup>

### **(v) Acceso al arbitraje internacional en virtud de los TBI y los TLC**

Los TBIs y los TLCs con un capítulo de inversión también prevén acceso al arbitraje internacional (incluido el acceso de un arbitraje internacional administrado por el CIADI). Por ejemplo, el TBI Perú-Canadá contiene la siguiente cláusula arbitral:

#### Article 27 Submission of a Claim to Arbitration

1. Except as provided in Annex C.27, a disputing investor who meets the conditions precedent provided for in Article 26 (Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration) may submit the claim to arbitration under:

(a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the disputing investor are parties to the Convention;

(b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the disputing investor, but not both, is a party to the ICSID Convention;

(c) the UNCITRAL Arbitration Rules; or

(d) any other body of rules approved by the Commission as available for arbitrations under this Section.

---

<sup>89</sup> CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Laudo, 12 de mayo de 2005.



2. The Commission shall have the power to make rules supplementing the applicable arbitral rules and may amend any rules of its own making. Such rules shall be binding on a Tribunal established under this Section, and on individual arbitrators serving on such Tribunals.

3. The applicable arbitration rules shall govern the arbitration except to the extent modified by this Section, and supplemented by any rules adopted by the Commission under this Section.

Article 28.- Consent to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.

2. The consent given in paragraph 1 and the submission by a disputing investor of a claim to arbitration shall satisfy the requirement of:

(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the Additional Facility Rules for written consent of the parties;

(b) Article II of the New York Convention for an agreement in writing; and

(c) Article I of the Inter-American Convention for an agreement.

Por otro lado, el TBI Perú-España prevé la siguiente cláusula arbitral:

*Artículo 9.- Controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante*

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo, será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la parte contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversor:

- A los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realice la inversión;
- Al tribunal de arbitraje ad hoc establecido por el reglamento de arbitraje de la comisión de las naciones unidas para el derecho comercial internacional;
- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el “convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente acuerdo se haya adherido a aquel.

Como se puede apreciar, el consentimiento del Estado al arbitraje en estos casos es indubitable. Por lo tanto, inversionistas de Alemania, Argentina, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Francia, Holanda, Italia, Japón, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, el Reino Unido, entre varios otros reseñados en las listas, que tienen acciones o cualquier otro tipo de participación directa (o indirecta en algunos casos) en alguna de las concesionarias viales que se ha visto afectada como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 31018, pueden beneficiarse de las protecciones sustantivas proporcionadas en los TBIs o los TLCs, así como acceder al arbitraje internacional.

Como señalamos anteriormente, en estos casos el consentimiento del Estado al arbitraje en el TBI constituye una oferta que requiere de la aceptación del inversionista del otro Estado contratante. Sin embargo, como bien se sugirió en el caso *Generation Ukraine vs. Ucrania*,<sup>90</sup> basta con que el inversionista presente una notificación de controversia al CIADI para que dicha oferta se entienda aceptada.

Como no es difícil advertir, si es que las concesionarias y/o sus accionistas deciden articular reclamaciones en virtud de un TBI o un TLC, a diferencia de lo que sucede en los Contratos de Concesión, no tendrán que superar ningún umbral. No obstante ello, desde un punto de vista económico, el monto en disputa tiene que ser lo suficientemente significativo como para justificar el inicio de un arbitraje CIADI o UNCITRAL, teniendo en cuenta que el costo de los mismos supera con no poca frecuencia millones de dólares.

Sin embargo, tal y como sugiere el TBI Perú-Canadá, para que un inversionista pueda acudir a un arbitraje CIADI, tanto el Estado del que es nacional el inversionista como el Estado receptor de la inversión deben ser partes del Convenio CIADI. Y es que no cabe la menor duda de que el inversionista debe satisfacer cada uno de los requisitos previstos en el artículo 25 del Convenio CIADI.

#### **4. Análisis de la Ley N° 31018 bajo el derecho internacional de las inversiones: posibles reclamos de las concesionarias y posibles defensas del Estado Peruano**

A diferencia de lo que sucedería en un arbitraje doméstico —e incluso en un arbitraje CIADI con reclamos basados en los contratos de concesión—, en el marco de un arbitraje internacional, la vigencia de la Ley que Suspende el Cobro de los Peajes es irrelevante como defensa. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que esta ley constituye precisamente el hecho ilícito internacional.

Y es que, como hemos señalado, para el derecho internacional la Ley N° 31018 es simple y llanamente un hecho. Como ya vimos, previsiblemente todas las concesionarias viales que se han visto perjudicadas como consecuencia de la suspensión del cobro de peajes articularán sus pretensiones en un arbitraje internacional. Y cuando resulte aplicable la protección de un tratado, sin duda lo invocarán.

---

90 *Generation Ukraine v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003.

#### 4.1. Análisis de los posibles reclamos de las concesionarias en potenciales arbitrajes de inversión

Si bien es prematuro concluir que se han incumplido los TBIs o TLCs suscritos ratificados por el Perú, se puede anticipar que los reclamos de las concesionarias en potenciales arbitrajes de inversión van a ser muy poderosos. Todo parece indicar que las cláusulas de trato justo y equitativo, y de expropiación, serán objeto de análisis y de amplia discusión.

##### **(i) El Estado Peruano ha vulnerado la cláusula del trato justo y equitativo**

La fortaleza de las reclamaciones por vulneración al trato justo y equitativo dependerá, en gran medida, del estándar de trato justo y equitativo que se encuentre recogido en el TBI o TLC invocado por el inversionista. No todos los tratados celebrados por el Perú recogen el mismo estándar ni están redactados de la misma manera.

Ciertamente, la mayor parte de los tratados celebrados por el Perú recogen la típica cláusula que establece que «*cada parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por los inversores de la otra parte contratante*». Existen otros tratados, sin embargo, que recogen un estándar claramente inferior, esto es, el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario.

Por ejemplo, el TLC Perú-Canadá señala expresamente lo siguiente: «**Artículo 805.- Nivel Mínimo de Trato. 1. Cada parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario**» (Schreuer, 27 de febrero de 2007, p. 10) (énfasis agregado).

En el mismo sentido, el TBI Perú-Colombia reza:

##### Artículo 4: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos.
  - a) «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y
  - b) «protección y seguridad plenas» exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.
3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o

de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Acuerdo. (Schreuer, 27 de febrero de 2007, p. 10)

Así pues, el análisis de la vulneración del trato justo y equitativo será absolutamente casuístico. No solo porque cada árbitro analizará los hechos y el derecho con su propia lupa, sino porque, como hemos visto, no todos los tratados recogen el mismo estándar. Y ello, qué duda cabe, puede tener un impacto frontal en el caso.

En tal sentido, resulta evidente que los inversionistas que sustenten sus reclamaciones en un tratado que recoge el estándar de nivel mínimo de trato tendrán una carga probatoria más exigente que todos los demás. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que dicho estándar se vulnera en casos realmente extremos.

En efecto, se entiende que los Estados vulneran el nivel mínimo de trato cuando sus acciones resultan en atrocidad, mala fe, o en una insuficiencia de acción gubernamental que se encuentra tan por debajo de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería dicha insuficiencia.

Al respecto, en el caso *Cargill vs. México* —adoptando el criterio de *Waste Management II*—, el tribunal arbitral definió el nivel mínimo de trato de la siguiente manera:

283. The Waste Management II tribunal concluded that [...] the minimum standard of treatment [...] is infringed [...] **if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice.**

285. As outline in the Waste Management II award [...], **the lack or denial must be gross», «manifest», «complete».** This standard is significantly narrower than that present in the Tecmed award where the same requirement of severity is not present.<sup>91</sup> (Énfasis agregado)

Como veremos a continuación, en este caso existen argumentos poderosos para sostener que el trato justo y equitativo se ha visto vulnerado. Ciertamente, en aquellos casos en los que el estándar sea el de nivel mínimo de trato, el estándar probatorio será mucho más exigente.

Ahora bien, en nuestra opinión, serán dos los principales argumentos que articularán los inversionistas para demostrar que se ha visto vulnerado el trato justo y equitativo: (i) se ha modificado irrazonable y desproporcionadamente el marco legal aplicable a las concesionarias viales; y, (ii) el Estado Peruano ha desconocido las expectativas legítimas de los inversionistas. A continuación analizaremos cada uno de ellos por separado.

*a) El marco legal aplicable a las concesionarias viales ha sido modificado irrazonable y desproporcionadamente*

Distintos tribunales arbitrales en casos como *Total vs. Argentina*, *EDF vs. Ruma-*

---

91 *Cargill, Incorporated vs. United Mexican States*, Caso CIADI N.º. ARB(AF)/05/2, 18 de septiembre de 2009.

nía o Charanne vs. España han señalado que, cuando el Estado modifica desproporcionada e irrazonablemente el régimen jurídico aplicable al inversionista, se produce una violación al trato justo y equitativo.

En Total vs. Argentina, por ejemplo, el tribunal arbitral declaró que las circunstancias y las razones para realizar modificaciones en el marco legal del sector energético y la gravedad del impacto negativo en las operaciones del inversionista extranjero debe medirse a la luz de un estándar de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>92</sup>

Por su parte, en EDF vs. Rumanía, en que se resolvió un caso referido a legislación que resultó en la revocación de licencias para operar negocios libres de impuestos dentro de los aeropuertos, el tribunal arbitral exigió un objetivo legítimo que pretenda salvaguardar el interés público y, posteriormente, examinó si existía una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretendía realizar.<sup>93</sup>

Finalmente, el caso Charanne vs. España es uno de los ejemplos más paradigmáticos de trato justo y equitativo, pues se centró en analizar si el Estado había actuado de forma irrazonable, desproporcionada y/o en contra del interés público al haber modificado el marco legal aplicable a los operadores de energía fotovoltaica.<sup>94</sup>

Así las cosas, tanto el concepto de razonabilidad como el de proporcionalidad parecen exigir un ejercicio de equilibrio entre los intereses de los inversionistas extranjeros y el de los del Estado anfitrión, así como un nexo objetivo entre la medida en cuestión y el objetivo que se persigue (Dralle, 2008, pp. 257-258).

En este caso, consideramos que en un potencial arbitraje de inversión se discutirá si es que el hecho de que la Ley N° 31018 haya decretado que la suspensión de los peajes «*no genera ni causa derecho compensatorio*» en favor de las concesionarias constituye una modificación irrazonable y desproporcionada del marco legal aplicable.

Un hecho anecdótico que seguramente también será explotado por las concesionarias en un eventual arbitraje internacional es el debate parlamentario que motivó la promulgación de la Ley N° 31018, obviando y ridiculizando las observaciones del Poder Ejecutivo.

Por ejemplo, la congresista Martha Chávez Cossio de Fuerza Popular se pronunció a favor de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes y la justificó en virtud de los actos de corrupción que habían ocurrido en el marco de distintas concesiones viales:

En este caso, nosotros compartimos, tenemos consenso muy claro respecto a que, lamentablemente, en los últimos años, el tema de las concesiones viales y el tema de los peajes **ha sido resultado de gravísimos actos de corrupción. Gravísimos actos de corrupción que han significado sobrecostos para el Estado, perjuicio para ciudadanos comunes y corrientes que transitan por las vías y tienen que pagar sobrecostos para beneficiar a las empresas co-**

92 Total S.A. vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/01, Laudo sobre Daños, 27 de diciembre de 2010.

93 EDF (Services) Limited vs. Rumanía, Caso CIADI No. AR/05/123, Laudo, 8 de octubre de 2009.

94 Charanne and Construction Investments vs. Reino de España, SCC Caso No. V 062/2012, Laudo final, 21 de enero de 2016.

**rruptiones que establecieron acuerdos bajo la mesa; acuerdos delincuenciales.** Un ejemplo lo tenemos en Lima en la gestión de la señora Villarán, la insignia de la izquierda peruana y que ha admitido gravísimos actos de corrupción en los peajes. *¿Qué significa eso? Cada ciudadano, cada trabajador, cada estudiante que debe pagar peajes los paga con sobre costo diariamente.* Nosotros en el fuji-morismo y en la bancada de Fuerza Popular tenemos muy clara esta situación. Tenemos también muy clara la situación de que el gobierno, en los niveles nacional, regional y local, en cuanto les compete, no ha efectuado adecuadamente, no ha cumplido adecuadamente su tarea de defender los altos intereses del Estado y de los ciudadanos. ¿Por qué? Porque perfectamente podría haber aplicado en una serie de contratos de concesiones viales las cláusulas anticorrupción que existirían y, de no existir esas cláusulas, perfectamente podría renegociar esos contratos habida cuenta de la constatación de actos de interferencia en la moralidad y en la legalidad de la celebración de los mismos. Todo contrato tiene implícito lo que los abogados llamamos la cláusula rebus sic stantibus en latín que significa que los contratos se cumplen pero de acuerdo a las circunstancias. Si cambian las circunstancias fundamentales, se pueden renegociar. ¿Esto lo ha hecho el Poder Ejecutivo a nivel nacional? No. ¿A nivel regional? Tampoco. ¿A nivel local? Menos. Entonces, en nuestra bancada consideramos que hay una omisión en las autoridades ejecutivas de los distintos niveles de gobierno del país. Ahora bien, nosotros también tenemos el consenso y clarísimo que es necesario respetar las normas constitucionales.<sup>95</sup> (Énfasis agregado)

En el mismo sentido, el congresista Rennan Espinoza Rosales también se pronunció a favor de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes, y también mencionó los actos de corrupción que habían salido a la luz en el marco de contratos de concesión:<sup>96</sup>

Resulta bastante preocupante que el día de ayer dos ministros, una vez más, han estado bastante preocupados con argumentos que, viéndolo desde afuera, pueden ser muy aceptables e intimidantes. No aprobemos esta ley porque la empresa nos va a demandar y como somos un Estado débil vamos a perder. ¿Quién ha hecho esos contratos de concesión? ¿Los ha hecho otro país? Los ha hecho el Perú. ¿Quién impulsó estas asociaciones público-privadas? El Estado. ¿Quiénes redactaron los contratos? Los funcionarios del Estado a quienes les pagamos muy bien. O sea, ¿no previeron escenarios como estos? ¿No previeron? A pesar de que en el contrato lo dice. Los actuales dicen: «no, no está previsto». Nos van a demandar. Millones y millones y millones y millones y millones. Entonces, que asuman su responsabilidad. Ya les manifestaba a los ministros de ayer que si una de esas empresas osara demandarnos ante el CIADI en este momento donde el mundo está sufriendo; el mundo; el mundo. No solo el Perú; el mundo. Ahí es donde esos directores de esas empresas internacionales; allá también y se muere mucho más gente. Quisieran demandarnos para poder indemnizarlos porque en un Estado de Emergencia

95 Ver: <https://www.facebook.com/CongresoPeru/videos/852437868595988> (acceso: 10 de junio de 2020).

96 Ver: <https://www.facebook.com/CongresoPeru/videos/852437868595988> (acceso: 10 de junio de 2020).

donde la gente está muriendo y donde todos estamos empujando de una u otra forma para poder aliviar a este mal, esta empresa quiere ser intocable, indolente, inhumana; con sus trabajadores y con el entorno y malagradecida con el país que les da trabajo; que les da millones de utilidad. Gracias por sus inversiones, pero en estos momentos, como ocurre en Europa y como ya lo han dicho la Confederación de las Grandes Empresas, en Europa la gran empresa está contribuyendo y acá se hacen un mundo cuando demandan ciertos requisitos para poder cumplir con el cuidado y la protección de los trabajadores y a la inocuidad de los productos que venden, o poder llevar a cabo los protocolos necesarios para dejar de contaminar a las personas. *Yo me pregunto acá en Lima: ¿quién defiende a los ciudadanos de los peajes de Rutas de Lima y Línea Amarilla o el nombre que le hayan puesto ahora porque cada se cambian de nombre? Esos contratos que han devenido como producto de corrupción; la vergüenza mundial. Dos alcaldes de la capital de nuestro país presos; justamente por los peajes corruptos.* Y entonces les vamos a tener miedo. No los tocamos. Todos los comercios cerrados por pandemia. Todos en sus casas por pandemia, pero los intocables que obtuvieron contratos de concesión como producto de corrupción probada, declarada, y por eso es que están preventivamente presos. No los podemos tocar; son una isla; son el Vaticano dentro de nuestro país. Intocables. Otro Estado. No señores. Los ciudadanos tienen representantes; son congresistas. Es el Congreso. Acá en el Perú mandamos los peruanos, y los peruanos han elegido un congreso para que haya leyes. Esto nos da pie para poder entrar al tema de fondo. En resumen, he escuchado en las últimas horas que dicen que os van a demandar, entonces el aeropuerto que también es una concesión, también nos van a dar una demanda millonaria; el muelle, los puertos también son concesionados también y todos los aeropuertos que están concesionados también. Todos. El Perú se va a ir en una crisis. Señores, no les tengamos miedo, ni tampoco permitamos que nos metan miedo. El pueblo decide y el pueblo están representado por el Congreso. Nuevamente, esto nos da pie para entrar al tema de fondo para revisar a través de la Constitución y en donde corresponda estos contratos que lo único que han ocasionado —por lo menos en Lima— es burlarse de los ciudadanos, y bien presos están esos alcaldes por coimeros y por corruptos. Nuestra bancada va a ir por la insistencia, señor Presidente, así sea por un día, así la cuarentena termine el día domingo, así sea por una hora, pero vamos a ir por la insistencia porque no vamos a permitir que empresas pretendan gobernar el país. El Perú lo gobierna los peruanos, y los peruanos tienen un Congreso que los representa. Y vamos a revisar esos contratos porque no nos van a tener del cuello sujetos como ellos quieren.<sup>97</sup>

Ahí donde la Ley N° 31018 establece que su propósito es evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el Estado de Emergencia Nacional, este fundamento a duras penas fue mencionado en el debate. Los congresistas hablaron, sobre todo, de corrupción y del caso Lava Jato. Más allá de no estar de acuerdo con el enfoque del debate legislativo, parece arbitrario que

97 Ver: <https://www.facebook.com/CongresoPeru/videos/852437868595988> (acceso: 10 de junio de 2020).



las verdaderas motivaciones que habrían justificado la promulgación de una ley disten categóricamente de lo que se señala en el texto expreso de ella.

Por otro lado, con el fin de demostrar la irrazonabilidad y desproporcionalidad, indudablemente las concesionarias utilizarán a su favor y citarán en sus memoriales cada una de las declaraciones de autoridades públicas y de especialistas del sector privado que vaticinan tanto la inconstitucionalidad de la ley como la muy plausible responsabilidad internacional del Estado Peruano.<sup>98</sup>

De más está decir que la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Nº 31018 por parte del Tribunal Constitucional será casi una bomba atómica en los arbitrajes de inversión. Difícilmente haya una prueba más palmaria de desproporcionalidad y arbitrariedad que el propio pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución del Estado implicado. Así, una sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional puede terminar sepultando las defensas del Estado Peruano en los arbitrajes de inversión.

Cabría preguntarse ahora sobre cuáles serían las implicancias de que el Tribunal Constitucional peruano declare la constitucionalidad de la Ley Nº 31018. Un escenario similar ocurrió por ejemplo en el caso de las renovables en España. En efecto, durante el gobierno del Partido Popular hubo más de una docena de regulaciones que afectaron adversamente a las empresas de energías renovables. Numerosas empresas recurrieron a la justicia ordinaria; sin embargo, los recursos no prosperaron porque el Tribunal Constitucional español amparó los recortes. El Estado español no contaba con que iba a ser notificado con una cascada de demandas de inversión en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía.

En este caso, numerosos tribunales arbitrales tomaron la sentencia del Tribunal Constitucional como lo que es: un simple hecho. Y es que el hecho de que la sentencia reafirme la constitucionalidad de la medida de cara al derecho doméstico no implica que no resulte violatoria de los tratados internacionales celebrados por el Reino de España. En el caso en concreto, numerosos tribunales arbitrales concluyeron que, con prescindencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, las regulaciones emitidas por el gobierno español resultaban contrarias al Tratado sobre la Carta de la Energía.

Esta anécdota ha sido reseñada por García Cueto con las siguientes palabras:

Todos los casos, los casi 40 casos que España tiene por temas de renovables por

---

98 Como bien ha señalado Mori en una reciente nota de prensa, «en ese contexto, es importante tener en cuenta cómo actos o declaraciones públicas de políticos o autoridades han sido considerados expresamente en anteriores oportunidades en caso seguidos contra distintos países. Por ejemplo, en el caso *El Paso c. Argentina* (Caso CIADI Nro. ARB/03/15) el tribunal arbitral expresamente citó declaraciones hechas, entre otros, tanto por el Presidente de la República como por el Secretario de Energía de Argentina, quienes comentaron respecto a la crisis financiera de Argentina en medios como el *Financial Times*. Dichas declaraciones fueron citadas expresamente por el tribunal arbitral para concluir que Argentina contribuyó con su propia crisis económica. Por tanto, es probable que la acción de inconstitucionalidad, así como otros actos o declaraciones públicas de congresistas, ministros y del propio Presidente de la República, sean usados por los concesionarios para atribuir responsabilidad internacional del Perú. Habrá que ver la fuerza que los tribunales arbitrales le darán a dichos actos» (*Mori Bregante*, junio de 2020).



cambios de regulación en los cuales la mayoría de los casos se han ganado por breach de FET tienen una sentencia del constitucional español, una decisión absolutamente política porque el Tribunal Constitucional español —no sé cómo es en Perú, te soy sincero—, pero en España los escogen los políticos. Y, básicamente, son escogidos a dedo. Y, bueno, estos señores, en una decisión —bueno, es una decisión suya; yo no la comparto— decidieron que las medidas de recorte de las renovables en las cuales habían generado para generar inversión —y las leyes así lo decían— incentivos —y de repente quitaron— eran constitucionales. Entonces, todos los que se fueron por el remedio doméstico, perdieron. ¿Qué pasa? Empiezan los arbitrajes de inversión; estamos hablando de más de 40 casos. Y, España, su principal argumento es, obviamente, la batería de medidas jurisdiccionales y, si no funciona, de fondo decimos «son legales y el constitucional de España que es el máximo órgano de nuestro país ha dicho que éstas están bien. ¿Quién es usted para venir y reinterpretar la ley española?». *Y ahí se genera el problema porque, lamentablemente, lo que aquí se está analizando es un breach* bajo derecho internacional. Y la mayoría de tribunales que han entrado, y en los cuales el daño era real, han dicho, oiga, está muy bien que el constitucional diga que sí que son legales para derecho español, pero suponen un incumplimiento de las obligaciones asumidas bajo un tratado internacional y, como consecuencia de ello, generan compensación.

*¿Qué pasaría en el sentido contrario?* Imaginemos un escenario fatalista para el Perú. [...] ¿Qué pasa si un día el constitucionalista dice esta medida es ilegal; es contraria a la Constitución del Perú y hay arbitrajes en curso? Obviamente, la batalla del Estado peruano se va a volver más difícil en los méritos. Porque va a perder uno de los principales argumentos que es una medida, forma parte del derecho positivo peruano y era una medida razonable y constitucional. Ese castillo de naipes se va a caer y se va a convertir en un tema de sesgo probablemente para los árbitros. El mejor ejemplo de estas cuestiones son los arbitrajes de Venezuela en su momento; los de las expropiaciones. Empezaban todas las expropiaciones de la misma manera. Un video de Chávez —lo hacía siempre en directo— en «Aló Presidente» diciendo «exprópiase» y señalaba la empresa y la expropiaban y luego tenías pobrecitos a los abogados de Venezuela que bueno tenían que hacer su trabajo diciendo «oiga que aquí no hay una expropiación». Claro, al final los árbitros son seres humanos. Y si tienes al Presidente del país diciendo «esto es una expropiación»; un decreto que decía «esto se expropia», luego desde un punto de vista legal defender que eso no era una expropiación es lo mismo. Aquí la analogía es para todo el contexto. Por eso yo ponía una balanza cuando ponía mis primeras palabras: por un lado de la balanza tenemos a un Congreso de la República que ha decidido que ésta es la medida y que la medida no tiene compensación; y, por el otro lado, tenemos todos los actores relevantes del Perú —OSITRAN, MTC, el Presidente de la República, los actores de las concesiones— diciendo «oiga, esta medida no solo es ilegal; es inconstitucional». Al final, en muchos de estos casos genera mucho peso y mucho *anchoring* al tribunal el hecho de que salvo quien la aprobó todos los demás consideran que esto no es conforme con el derecho peruano. (García Cueto, 27 de mayo de 2020)

Previsiblemente, las concesionarias también pondrán sobre la mesa que, tal y

como fue denunciado por la Ministra Alva, la Ley que Suspende el Cobro de Peajes es en realidad un subsidio encubierto a transportistas de carga y mercancías.<sup>99</sup> En efecto, este tipo de declaraciones podría evidenciar que la Ley que Suspende el Cobro de Peaje no estaría motivada en razones de salud, sino en motivos encubiertos, lo que denotaría a todas luces arbitrariedad.<sup>100</sup>

Sobre el particular, Global Arbitration Review —citando a Mori— ha señalado que *«this may be exacerbated if the law is found to be motivated by factors other than protecting public health, which Mori says has been alleged in some public statements related to the constitutional challenge»*.<sup>101</sup>

Al respecto, resulta sumamente relevante tener en consideración cuál fue el fundamento de la Resolución Directoral N° 592-2020-MTC/20 en virtud de la cual Pro-vías Nacional dispuso que desde el 30 de marzo de 2020 quedaba suspendido el cobro de los peajes que administraba:

Que, mediante Memorándum N° 178-2020-MTC/20.23 la Dirección de Gestión Vial hace suyo el Informe N° 070-2020-MTC/20.23.2 de la Subdirección de Operaciones, mediante la cual comunica que debido a las restricciones establecidas como parte de la declaratoria de emergencia, las Unidades de Peaje han venido presentando dificultades operativas para el desplazamiento del personal que labora en dichas unidades, y del personal que propociona seguridad y vigilancia, así como, del servicio de traslado para el depósito de la recaudación, por lo que luego de la

99 Ver: <https://gestion.pe/economia/mef-anuncia-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-ley-de-peajes-noticia/?ref=gesr> (acceso el 20 de mayo de 2020). Ver también: <https://notitransportes.com/mef-alista-demanda-de-inconstitucionalidad-sobre-ley-que-suspende-cobro-de-peajes/> (acceso el 27 de mayo de 2020). Ver también: <https://andina.pe/agencia/noticia-gobierno-iniciara-demanda-inconstitucionalidad-contra-ley-suspende-cobro-peajes-796472.aspx> (acceso el 28 de mayo de 2020). Por otro lado, el artículo 203 de la Constitución establece que «están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (1) El Presidente de la República».

100 Con base en algunas reflexiones de Emily Horna, consideramos que el subsidio encubierto en favor de transportistas de carga y mercancías podría estar motivado por varias razones: (i) el hecho de que a partir de la entrada en vigencia del Estado de Emergencia Nacional los transportistas de cargas y mercancías no pueden distribuir cualquier tipo de producto, sino solamente los esenciales; (ii) los vehículos pesados que son conducidos por los transportistas de cargas y mercancía pagan el doble que los vehículos ligeros (por la sencilla razón de que la conducción de los vehículos le causan más daño al pavimento y, por ende, las concesionarias tienen que invertir más en costos de operación y mantenimiento); y, (iii) los hechos que anteceden a la promulgación de la Ley N° 31018. Como bien ha señalado la Dra. Horna, «[los transportistas de carga y mercancías] hicieron constantes reclamos al MTC precisamente porque habían visto reducida su flota en casi un 45% o un 50% porque habían [sic] pequeñas empresas que ya no resultaba rentable operar; decían que las facturas no les habían sido canceladas; y que además el 25% de la flota se había visto afectada precisamente porque no pueden transportar más que los alimentos y medicinas que son elementos esenciales. De hecho, había un grupo que había sido principalmente afectado y que asumía la carga principal de los pagos de peajes de la red vial nacional. Se dice que éste sería el grupo beneficiado con la ley porque hubo una reunión que ellos tuvieron con el MTC un día antes precisamente de que se presente este proyecto de ley al Congreso» (Horna, 27 de mayo de 2020).

101 Global Arbitration Review. *Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>

evaluación realizada, propone la suspensión del cobro de peaje en la Red Vial Nacional no Concesionada, precisando que la menor recaudación obtenida durante el Período del Estado de Emergencia Nacional no compromete las intervenciones de conservación de la referida red vial, toda vez que los mayores recursos que se requieren para mantener las vías en óptimas condiciones de transitabilidad (23,954 Km) provienen del Tesoro Público [...].

**Que, la Oficina de Asesoría Jurídica [...] considerando que es necesario dictar medidas para asegurar el abastecimiento de alimentos, medicinas y equipos sanitarios dentro del territorio nacional, facilitando la circulación de transporte de carga que conducen estos bienes y productos a través de la Red Vial Nacional no concesionada, se considera legalmente viable y de manera excepcional la expedición de la Resolución Directoral que autoriza la suspensión del cobro de peajes [...]»<sup>102</sup>. (Énfasis agregado)**

Tal y como se expresó en la Demanda de Inconstitucionalidad, este fundamento de la Resolución Directoral N° 592-2020-MTC/20 evidencia que la medida de suspensión del cobro de peaje en las vías no concesionadas no tiene como propósito evitar el contagio del Covid-19 o fortalecer el aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno, sino más bien problemas logísticos para el cobro de peaje y la necesidad de garantizar las actividades permitidas durante el Estado de Emergencia Nacional.<sup>103</sup>

Otro hecho que sugeriría que la Ley N° 31018 es en realidad un subsidio encubierto son las comunicaciones enviadas por el MTC a las concesionarias autosostenibles el 31 de marzo de 2020. Como mencionamos anteriormente, en esta comunicación el MTC solicitó a las concesionarias autosostenibles que adopten alguna medida frente al pedido de los transportistas de carga de no cobrar la tarifa de peaje.

Como se puede apreciar, en las negociaciones con las concesionarias autosostenibles para la suspensión del cobro de peajes tampoco se consideró que el propósito de la suspensión del cobro de peajes fuese evitar el contagio del Covid-19, sino favorecer a los transportistas de carga y mercancías.

Como último punto, pero no por ello menos importante, las concesionarias también podrán relucir uno de los proyectos de ley que motivó la promulgación de la Ley N° 31018. En efecto, la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 4985 señala que «*la iniciativa permitirá el tránsito de los vehículos de instituciones y empresas responsables de transportar alimentos, medicinas, combustible, carga y mercancías, sin hacer pago alguno por concepto de peaje*». Sin embargo, la alusión a posibles contagios como consecuencia del cobro de peajes brilla por su ausencia en el proyecto de ley.

En definitiva, todo parece indicar que las concesionarias tienen argumentos de peso para sostener que la Ley N° 31018 es un subsidio encubierto para favorecer a los transportistas de carga y mercancías.

En esa línea de criterio, Mori ha expresado que si se acredita que la Ley que

102 El extracto resaltado constituye un indicio muy poderoso de que la suspensión del cobro de peajes constituye, en realidad, un subsidio encubierto a los transportistas de carga y mercancías.

103 Demanda de Inconstitucionalidad, ¶¶29-30.

Suspende el Cobro de Peajes tuvo un motivo oculto, ello podría ser utilizado por las concesionarias para fortalecer su reclamación de incumplimiento al derecho internacional:

Si se acredita que la emisión de la Ley tuvo un propósito oculto (esto es, distinto a la protección de la salud), como fue insinuado por algunas autoridades cuando anunciaron que interpondrían la acción de inconstitucionalidad en cuestión, ello también podría ser usado para intentar fortalecer un reclamo por incumplimiento al derecho internacional. Por ejemplo, en el laudo de 2018 del caso Marfin c. Chipre (Caso CIADI Nro. ARB/12/27), el tribunal sostuvo que «si hay alguna evidencia de que una decisión regulatoria fue [...] diseñada para ocultar fines impropios, un tribunal debe encontrar una violación del derecho internacional» (*Mori Bregante, junio de 2020*).

Finalmente, un hecho que sin duda enfatizarán las concesionarias es que la Ley N° 31018 prohibió a las concesionarias cobrar peajes, pero no las relevó de sus obligaciones de operación y mantenimiento de las carreteras. En otras palabras, el Estado pretendió actuar como un *free-rider*. Suspendió el derecho de las concesionarias a cobrar los peajes que estaban predestinados a que éstas cumplan sus obligaciones de operación y mantenimiento, y, a la misma vez, pretendía que éstas prosiguieran cumpliendo sus obligaciones. Lo que parece que el Estado no ha logrado entender es que uno no puede soplar y sorber al mismo tiempo.

*b) El Estado Peruano ha desconocido las expectativas legítimas de las concesionarias viales*

La protección de las expectativas legítimas de los inversores ha sido reiteradamente identificada por los tribunales arbitrales como una parte integral del estándar de trato justo y equitativo. Su estatus ha sido incluso interpretado como «*a dominant element of the FET standard*»<sup>104</sup> y reconocido como «*one of the two pillars*» de la inversión extranjera.<sup>105</sup>

En tal sentido, en el caso Tecmed el tribunal arbitral concluyó que el estándar de trato justo y equitativo impone la obligación de los Estados anfitriones de proporcionar inversiones internacionales con un tratamiento que no afecte «*the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment*».<sup>106</sup> Así, «*the evisceration of the arrangements in reliance upon [which] the foreign investor was induced to invest*»<sup>107</sup> ha determinado que tribunales arbitrales hayan atribuido responsabilidad internacional a los Estados por violación del estándar de trato justo

104 Ver: Saluka Investments BV (Países Bajos) vs. República Checa, UNCITRAL, Laudo Parcial, 17 de mayo del 2006, ¶302.

105 Ver: Dolzer, R., *Fair and Equitable Treatment: A Key standard in Investment Treaties*, The International Lawyer, Vol. 39, No. 1, 2005, p. 105.

106 Ver: Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. United Mexican States, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo del 2003, ¶119.

107 Ver: CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) vs. República Checa, UNCITRAL, Laudo Parcial, 13 de septiembre del 2001, ¶611.

y equitativo.

En efecto, distintos tribunales arbitrales han interpretado que el estándar de trato justo y equitativo exige que los Estados provean a los inversionistas un tratamiento que no afecte las expectativas básicas que fueron tomadas en consideración por los inversionistas al momento de realizar la inversión. En efecto, el inversionista confía en que el Estado receptor de la inversión actúe de una manera consistente, libre de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversionista, a efectos de que este último, antes de realizar la inversión, conozca el marco legal que le resultará aplicable.

Al respecto, el tribunal arbitral del caso *El Paso vs. Argentina* ha calificado las situaciones en que es posible invocar la cláusula de trato justo y equitativo a situaciones «*where there is an unreasonable interference bringing about an unjust result regarding an investor's expectation*».<sup>108</sup>

Por lo tanto, el estándar de trato justo y equitativo comprende la transparencia, estabilidad y protección de las expectativas legítimas del inversionista. No cabe la menor duda de que las expectativas legítimas del inversionista encuentran sustento tanto en el marco legal vigente al momento en que se realizó la inversión como en los compromisos y representaciones realizadas por el Estado.

En ese sentido, el desconocimiento de las representaciones hechas por el Estado, así como modificaciones en el marco legal vigente en el momento en que el inversionista realizó la inversión, se consideran como una violación del estándar de trato justo y equitativo, en la medida en que el marco legal aplicable al momento de la inversión constituye la referencia para verificar si es que las expectativas legítimas del inversionista se han visto vulneradas.

Pues bien, como hemos visto, en el presente caso existen argumentos de peso para argumentar que el Estado Peruano ha vulnerado las expectativas legítimas de las concesionarias viales. Así, debemos recordar que el MTC representó en los Contratos de Concesión que el concesionario «*tendr(ía) derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes hasta el vencimiento del Contrato, y este derecho solo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión*», y que el Estado Peruano afianzó las declaraciones y garantías brindadas a las concesionarias de la red vial nacional mediante los Contratos de Seguridades y Garantías.

En buen cristiano, las concesionarias de la red vial nacional celebraron con el Estado Peruano contratos-ley, lo que implica que celebraron los contratos de concesión bajo la confianza legítima de que el marco legal estaría estabilizado durante toda la vigencia de éstos.

En otras palabras, el Estado Peruano creó en las concesionarias las legítimas expectativas de que el derecho a explotar la concesión solo concluiría con los supuestos de caducidad de la concesión. Por lo tanto, al suspender la explotación de la concesión debido a un supuesto distinto al previsto en los contratos de concesión, *i.e.*, la promulgación de la Ley N° 31018, consideramos que existen argumentos muy

---

108 *El Paso International Company vs. República de Argentina*, Case CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011.

poderosos para argumentar que se ha visto vulnerada la cláusula de trato justo y equitativo.

***(ii) Las concesionarias habrían sido víctimas de una expropiación indirecta***

Asimismo, es de esperar que, en el marco de arbitrajes de inversión, las concesionarias viales alegarán que han sido víctimas de una expropiación indirecta. Bajo la famosa fórmula Hull, el derecho internacional exige una pronta, adecuada y efectiva compensación cuando el inversionista es víctima de una expropiación.

A efectos de determinar si las concesionarias han sido víctimas de una expropiación indirecta, el tribunal arbitral deberá analizar: (i) el impacto económico de la Ley N° 31018, y (ii) el grado en el cual dicha ley ha interferido con expectativas inequívocas y razonables de la inversión.

Por lo tanto, las concesionarias tendrán la carga de probar que con la promulgación de la Ley N° 31018 el valor económico de su inversión se ha depreciado. Sin embargo, no será suficiente que las concesionarias acrediten que la Ley que Suspende el Cobro de Peajes ha tenido un efecto adverso sobre el valor económico de la inversión. Como bien se señaló en el caso *Suez vs. Argentina*, «*the fact that the effect of such measures may have diminished the value of an investment does not in and of itself constitute an indirect expropriation*».<sup>109</sup>

De esta manera, las concesionarias tendrán la carga de probar que la depreciación del valor económico de la inversión ha sido «*sustancial*». La prueba de ello determinaría que la Ley N° 31018 es expropiatoria y, por lo tanto, se desencadenaría el pago de una compensación en favor de las concesionarias.

Ahora bien, no cabe la menor duda de que la temporalidad y provisionalidad de la Ley N° 31018 tendrán una especial relevancia en el arbitraje de inversión. Sin lugar a dudas el reclamo de expropiación exigirá una valla más alta que el de trato justo y equitativo, entre otras varias razones, porque la suspensión de los peajes tiene carácter temporal. En efecto, resulta pertinente recordar que en casos como *Feldman vs. Mexico*<sup>110</sup> o *Tecmed vs México*<sup>111</sup> se estableció que si la medida no es definitiva, permanente y sustancial, no puede concluirse que el inversionista ha sido expropiado.

Así también se reconoció en el caso *LG&E vs. Argentina*, en el que se señaló expresamente que medidas adoptadas por el Estado no podían constituir una expropiación «*without a permanent, severe deprivation of LG&E-s Investment*».<sup>112</sup>

Lo cierto es que numerosos tribunales arbitrales han interpretado que la carga

109 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19.

110 *Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002.

111 *Técncias Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2013.

112 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. vs. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1), Decisión de Daños, 3 de octubre de 2016.



probatoria de una expropiación directa o indirecta es bastante más exigente que la del trato justo y equitativo. Así, por ejemplo, en el caso *Electrabel vs. Hungría* el tribunal arbitral concluyó lo siguiente:

In short, the Tribunal considers that the accumulated mass of international legal materials, comprising both arbitral decisions and doctrinal writings, describe for both direct and indirect expropriation, consistently albeit in different terms, the requirement under international law for the investor to establish *the substantial, radical, severe, devastating or fundamental deprivation of its rights or the virtual annihilation, effective neutralization or factual destruction of its investments, its value or enjoyment*. [...] Arbitral tribunals have rejected claims for expropriation under international law where the investor has failed to meet this test for “substantial” deprivation, including *CMS (2005)* and *Azurix (2006)*.<sup>113</sup> (*Énfasis agregado*)

No obstante lo anterior, los inversionistas también tendrán argumentos muy sólidos porque existen casos en los que se ha señalado que, dependiendo de la duración de la medida regulatoria adoptada por el Estado, puede configurarse un caso de expropiación indirecta. Por ejemplo, dependiendo de la duración de la suspensión de los peajes —que se encuentra aunada al Estado de Emergencia Nacional— los inversionistas podrían alegar que han sido víctimas de un caso de «*creeping expropriation*».

La United Nations Conference on Trade and Development («**UNCTAD**») ha definido al *creeping expropriation* como «*a slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of its investment*».

Así, en el caso *Generation Ukraine vs. Ukraine*, el tribunal arbitral señaló que «*creeping expropriation is a form in indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over time culminate in the expropriatory takings of such property*».<sup>114</sup>

Dependiendo entonces de la duración de la suspensión de los peajes decretada

---

113 *Electrabel S.A. vs. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Laudo, 25 de noviembre de 2015.

114 *Generation Ukraine v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003. Asimismo, en el caso *Burlington Resources vs. Ecuador* se señaló que «*creeping expropriation applies when no single measure alone is expropriatory*». *Burlington Resources Inc. vs. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, Decisión de Daños, 14 de diciembre de 2012. Por su parte, *Reisman y Sloane* han señalado expresamente que «*discrete acts, analyzed in isolation rather than in the context of the overall flow of events, may, whether legal or not in themselves, seem innocuous vis-à-vis a potential expropriation. Some may not be expropriatory in themselves. Only in retrospect will it become evident that those acts comprised part of an accretion of deleterious acts and omissions, which in the aggregate expropriated the foreign investor’s property rights.*»<sup>60</sup> [...] Because of their gradual and cumulative nature, creeping expropriations also render it problematic, perhaps even arbitrary, to identify a single interference (or failure to act where a duty requires it) as the ‘moment of expropriation’» (*Reisman & Sloane, 2003, pp. 115-150*).

mediante la Ley N° 31018, el reclamo de *creeping expropriation* tendrá más o menos posibilidades de prosperar. Debe recordarse aquí que este tipo de expropiaciones ocurre cuando las medidas adoptadas por el Estado estrangulan lenta e insidiosamente los intereses del inversionista. Existen casos similares al que nos ocupa en que tribunales arbitrales han concluido que la temporalidad de la medida no es óbice para declarar la existencia de una expropiación.

Así, en el caso *Wena Hotels Ltd. vs. Egipto* el tribunal arbitral concluyó que, más allá de que las medidas adoptadas por Egipto fuesen efímeras, sus acciones constituían una expropiación:

99. Here, the Tribunal has no difficulty finding that the actions previously described constitute such an expropriation. Whether or not it authorized or participated in the actual seizures of the hotels, Egypt deprived Wena of its «fundamental rights of ownership» by allowing EHC forcibly to seize the hotels, to possess them illegally for nearly a year, and to return the hotels stripped of much of their furniture and fixtures. **Egypt has suggested that this deprivation was merely «ephemeral» and therefore did not constitute an expropriation? The Tribunal disagrees. Putting aside various other improper actions, allowing an entity (over which Egypt could exert effective control) to seize and illegally possess the hotels for nearly a year is more than an ephemeral interference in the use of that property or with the enjoyment of its benefits».**

101. For all these reasons, the Tribunal concludes that Egypt violated its obligation under Article 5 of the IPPA, by failing to provide Wena with «prompt, adequate and effective compensation» for the losses it suffered as a result of the seizures of the Luxor and Nile Hotel.<sup>115</sup> (Énfasis agregado)

Asimismo, en el caso *SD Myers vs. Canada* el tribunal arbitral reafirmó que las medidas temporales también podían equivaler a una expropiación:

An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, **even if it were partial or temporary**.<sup>116</sup> (Énfasis agregado)

En el mismo sentido, en el caso *RFCC vs. Morocco* el tribunal arbitral concluyó que las medidas temporales sí podían constituir una expropiación. Sin embargo, también expresaron que la medida temporal debe tener consecuencias sustanciales equivalentes a una pérdida permanente:

La mesure d'expropriation *était* temporaire mais les conséquences, c'est-à-dire la disparition des droits de jouissance et de contrôle, *étaient* quant à elles permanentes. L'expropriation d'un bien ou d'un droit se caractérise par la disparition,

---

115 *Wena Hotels Limited vs. República de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2002.

116 *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Laudo Parcial, Arbitraje Nafta, 13 de noviembre de 2000.



pour la personne de l'exproprié, sinon d'un titre de propriété du moins de la jouissance de ladite propriété ou de l'accès à celle-ci. S'il n'est pas nécessaire que cette disparition soit permanente, une mesure temporaire doit alors avoir des conséquences substantielles *équivalentes* à une perte définitive. La récupération du titre de propriété ou de l'accès à celle-ci ne replace pas le propriétaire dans sa situation initiale, ses droits ayant *été* substantiellement amputés des bénéfices qu'il aurait pu en tirerl.<sup>117</sup>

En nuestra opinión, una de las cuestiones que será fundamental para determinar las consecuencias de la suspensión del cobro de peajes será lo que ocurra después del levantamiento de la cuarentena y/o el Estado de Emergencia Nacional. Si es que la suspensión de peajes se levanta con la culminación de la cuarentena, definitivamente será más complicado para los inversionistas demostrar que han sido víctimas de una expropiación indirecta (lo que de ninguna manera significa que no se ha visto vulnerado el trato justo y equitativo). Distinto sería el caso, sin embargo, si es que en virtud de un fatal populismo, la suspensión de los peajes se extendiese por un largo período de tiempo y se desvirtuase por ende el propósito con el que fue promulgada la ley.

Como último punto, debemos destacar que no cabe la menor duda de que el derecho interno tendrá eco en el derecho internacional, por lo que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional frente a la Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el Presidente Vizcarra será extremadamente relevante en un eventual arbitraje de inversión. Sorprendentemente, sin embargo, el Procurador Público del MINJUS no ha alegado en la Demanda de Inconstitucionalidad que la Ley N° 31018 es inconstitucional por vulnerar el artículo 70 de la Constitución, norma que regula, precisamente, los supuestos y los requisitos que se debe cumplir el Estado al realizar una expropiación.

Por otro lado, debemos recordar aquí que la Ley N° 31018 está siendo objeto de un proceso de inconstitucionalidad. Esto es fundamental porque, como hemos sugerido anteriormente, una eventual sentencia de inconstitucionalidad será de fundamental relevancia en los potenciales arbitrajes de inversión. Esto ya ha ocurrido en el pasado. Por ejemplo, en el caso *Achmea vs. Eslovaquia* —contraria en su análisis a *Myers*, *Wena Hotels* y *RFCC*— se estableció que la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional eslovaco fue un hecho fundamental para determinar que la medida no había sido expropiatoria:

289. This might be argued to amount to a 'temporary expropriation'; but this controversial label is particularly unhelpful in this case. There is an important distinction between (i) a 'deprivation' for what is from the outset intended to be a limited (and relatively short) period, and (ii) a 'deprivation' that is intended at the time of its adoption to be permanent but which, in the event, is in fact reversed after a relatively short period of time. Deprivations of the former kind would not ordinarily amount to an expropriation, although they may amount to interferences

---

117 Consortium RFCC vs. Royaume Du Maroc. Caso CIADI N.º ARB/00/6, Laudo, 22 de diciembre de 2003.

with the property-owner's rights that violate other protections under a treaty, such as a provision protecting against discriminatory treatment or against treatment that is not fair and equitable.

290. In the present case, however, the 'deprivation' was temporary because of a reversal of a policy that had been enshrined in law and was intended to operate indefinitely. The imposition of the ban on profits was reversed by the Constitutional Court as a result of an application, made on 15 October 2008 and supplemented on 13 February 2009, by a group of Deputies of the National Council of the Slovak Republic (the Parliament of the Slovak Republic). That application was made about 12 months after the ban on profits, and in the wake of internal Governmental memoranda that questioned the legality of the ban on profits.

291. Had this present BIT case been decided before the decision of the Constitutional Court and the declaration that the ban on profits was unconstitutional, it is likely that this Tribunal would have held that there was a 'permanent' deprivation that could amount to an expropriation in violation of Article 5 of the Treaty. The question is, therefore, whether such a temporary deprivation should be treated differently now that the Constitutional Court has given its decision.

292. In the view of the Tribunal, **the facts must be taken as they exist at the time of the hearing. The declaration of unconstitutionality by the Constitutional Court cannot be ignored. While there is no duty to exhaust local remedies under the Treaty, there is no reason to ignore such remedies as have in fact been obtained. Although the episode did constitute a temporary interference with the investment and cause injury to the investor, it is not to be regarded as having resulted in a permanent deprivation of the investor of its investment. It was a wrong corrected by the proper operation of checks and balances within the Slovak legal system.** This analysis is consistent with the approach adopted by other tribunals to the question of the necessary characteristics of an expropriation and the significance of the permanence of interference with property rights.<sup>118</sup> (*Énfasis agregado*)

En definitiva, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional será de extrema relevancia para determinar la suerte que correrán las potenciales reclamaciones de los inversionistas. Parecería, sin embargo, que el Tribunal Constitucional está entre la espada y la pared. Por un lado, su sentencia de inconstitucionalidad sería muy poderosa para descartar la existencia de una expropiación; pero, a la misma vez, sería dinamita para el Estado Peruano en la pretensión de trato justo y equitativo.

No obstante ello, conociendo personalmente la integridad de varios magistrados, estoy seguro de que no se sesgarán por la eventual repercusión que su pronunciamiento podría tener en los arbitrajes de inversión. Y es que los magistrados están llamados a realizar un análisis de constitucionalidad de la Ley N° 31018. Nada más.

---

118 Achmea B.V. vs. República de Eslovaquia, UNCITRAL, Caso PCA N.º 2008-13, 7 de diciembre de 2012.

***(iii) La cláusula paraguas habilitaria a las concesionarias a imputarle incumplimientos contractuales al Estado Peruano***

Si es que las concesionarias únicamente articulasen reclamaciones bajo el tratado —lo que parece bastante improbable teniendo en cuenta que en los contratos de concesión también se previó el acceso al arbitraje internacional—, podría resultar relevante verificar si los TBIs o los TLCs suscritos y ratificados por el Perú cuentan con cláusulas paraguas.

Como mencionamos anteriormente, estas cláusulas les permiten a los inversionistas elevar los incumplimientos contractuales al plano del derecho internacional y, en consecuencia, discutirlos en un arbitraje de inversión bajo tratado. Las cláusulas paraguas podrían jugar un rol muy importante en los arbitrajes bajo tratado porque, de confirmarse la existencia de cláusulas paraguas, las concesionarias viales podrán imputarle innumerables incumplimientos contractuales al Estado Peruano como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 31018.

Así pues, si es que alguna concesionaria vial inicia un arbitraje de inversión en virtud de los TBI que el Perú ha celebrado con Italia, el Reino Unido o Alemania, se podrán ver beneficiadas de las cláusulas paraguas contenidas en ellos y, por ende, podrán achacarle los incumplimientos contractuales al Estado Peruano que reseñamos anteriormente.

***(iv) Cálculo de daños***

De acuerdo con Emily Horna, la recaudación mensual de cuatro de las seis concesionarias autosostenibles de red vial nacional oscilaba entre S/15 millones y S/17 millones mensuales (Horna, 27 de mayo de 2020).

Quizá el reto más desafiante para las concesionarias será el cálculo de los daños, bajo el entendido de que las proyecciones normales de tránsito en las carreteras no se condicen con la realidad en una cuarentena.<sup>119</sup> Estos cálculos sin lugar a dudas se fundamentarán en pericias económicas muy serias que serán elaboradas con los máximos estándares internacionales.

Por lo pronto, una de las medidas más efectivas que podrían adoptar las concesionarias es contabilizar o incluso filmar los vehículos que crucen los peajes que tienen a su cargo. Esto es extremadamente relevante teniendo en cuenta que no todos los vehículos que pasan por el peaje pagan la misma tarifa. Por ejemplo, los transportistas de carga y mercancías representan el triple de ingresos por peajes en comparación con los vehículos ligeros.

Instalar filmadoras puede ser una medida muy importante, porque la prueba de los videos es virtualmente irrefutable. Así, si es que en el arbitraje las concesionarias ofrecen como medio probatorio la filmación de cada uno de los vehículos que cruzó el peaje, resulta imposible que el Estado Peruano pueda cuestionar la certeza de dicho daño. Frente a ello, el Estado Peruano podría cuestionar, por

---

119 Sobre este particular, resulta importante mencionar que de acuerdo a AFIN el Estado de Emergencia Nacional generó un impacto en el tráfico vehicular, el cual se habría visto reducido en un 80 %.

ejemplo, la razonabilidad de la medida, pero no la probanza del daño, porque es indisputable.

Y lo cierto es que quienes han participado en arbitrajes de inversión saben que la certidumbre del daño no tiene precio. Muchas veces empresas que participan en arbitrajes de inversión invierten cientos de miles de dólares en estudios económicos para calcular el daño. Las filmaciones pueden significar un importante ahorro para las concesionarias, más la ventaja de contar con una prueba irrefutable.

### **(v) *Compensación por pérdidas***

Los inversionistas estarán especialmente atentos a las restituciones, indemnizaciones, compensaciones y/u otros tratamientos que el Estado Peruano conceda a sus inversionistas nacionales. Y es que la mayor parte de TBI celebrados por el Perú incluyen una cláusula de compensación por pérdidas que tiene el siguiente tenor:

Los inversionistas de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas en sus inversiones por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, Estado de Emergencia Nacional, estado de sitio, insurrección u otros eventos militares, en el territorio de la otra Parte Contratante, serán tratados por esta última no menos favorablemente que a sus propios inversionistas en lo que respecta a restituciones, compensaciones e indemnizaciones.<sup>120</sup>

Como se puede apreciar, esta disposición establece claramente que, si un inversionista sufre pérdidas en sus inversiones como consecuencia de un Estado de Emergencia Nacional, debe recibir el mismo trato que el Estado receptor de la inversión conceda a los inversionistas nacionales en lo que respecta a restituciones, compensaciones o indemnizaciones. En virtud de esta disposición, los inversionistas estarán muy vigilantes al trato que el Estado brinde a sus inversionistas nacionales. Cualquier diferencia en el trato puede terminar implicando una factura muy cara para el Estado Peruano.

## **5.2. Análisis de las posibles defensas del Estado Peruano en potenciales arbitrajes de inversión**

En cuanto a las defensas que podrá articular el Estado Peruano, ningún argumento parece ser muy convincente.

---

120 En los Tratados de Libre Comercio se suele incluir una cláusula de compensación de pérdidas similar a la de los TBI, mas no igual. Por ejemplo, en el TLC Perú-México se señala expresamente lo siguiente: «artículo 11.11: Compensación por pérdidas Con respecto a medidas tales como la restitución, indemnización, compensación y otro arreglo, los inversionistas de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte debido a guerra, conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección, motín o cualquier otro evento similar, recibirán un trato no menos favorable que el que la otra Parte otorgue a sus propios inversionistas o inversiones de cualquier país que no sea Parte».

**(i) Fuerza mayor**

En primer lugar, una de las defensas que seguramente utilizará el Estado Peruano es la fuerza mayor. Esta defensa, sin embargo, no se puede invocar abstractamente. Desde el punto de vista jurídico, no es admisible señalar de forma genérica que el Covid-19 constituye un evento de fuerza mayor.<sup>121</sup>

Bajo la legislación peruana, la fuerza mayor es un típico caso de imposibilidad de la prestación. Al respecto, el artículo 1315 del Código Civil señala expresamente lo siguiente: «*Artículo 1315º.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, **que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso***» (énfasis agregado).

En efecto, solamente si se verifica que la obligación no puede ser ejecutada, resulta posible invocar un evento de fuerza mayor. Esta defensa parece viable jurídicamente si nos encontrásemos, por ejemplo, en el marco de la construcción de una hidroeléctrica en que los constructores no pueden salir de sus casas debido a la cuarentena obligatoria, pero no en el caso de cobro de peajes cuando ocho concesionarias autosostenibles han venido cobrándolos sin mayores inconvenientes durante varias semanas. Por definición, lo que se hace no puede ser imposible. No parece una defensa muy convincente.

El Estado, sin embargo, podría alegar que resulta aplicable la cláusula de fuerza mayor de los Contratos de Concesión:

SUSPENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN EL PRESENTE CONTRATO

El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes contempladas en este Contrato, no será considerado como causa imputable de incumplimiento a alguna de ellas durante el tiempo y en la medida que tal incumplimiento sea causado por alguna de las siguientes causales e impida la ejecución de las Obras o la prestación del Servicio:

a) Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento.

---

121 Esto es lo que parece sugerir el parlamentario Luis Simeón Hurtado, presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones, cuando afirmó que «se encuentran exentos de responsabilidad debido a que el Perú se encuentra en estado de necesidad». Ver: <https://elcomercio.pe/politica/congreso/coronavirus-peru-congreso-aprueba-dejar-sin-efecto-cobro-de-peajes-administrados-por-concesionarias-durante-emergencia-noticia/> (acceso: 1 de junio de 2020). Es lo que también parece sugerir el legislador Isaías Pineda Santos al señalar que «el covid-19 es un evento de fuerza mayor que permite negociar a las partes, y validar la suspensión de pagos. Por qué insistir en un legalismo cuando esta situación está fuera de la matriz de riesgo». Ver: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/legisladores-cuestionan-defensa-a-concesionarias-de-peajes/> (acceso: 5 de junio de 2020).

Este argumento no resulta convincente por, al menos, dos razones. En *primer lugar*, la fuerza mayor constituye un hecho externo que imposibilita la ejecución de la prestación. Por lo tanto, es un error conceptual argumentar que el Covid-19 ha imposibilitado la ejecución de la prestación de las concesionarias viales. Como bien ha señalado la Dra. Horna, lo que en realidad ha imposibilitado el cobro de los peajes son las medidas regulatorias adoptadas por el Estado (Horna, 27 de mayo). Específicamente, en un primer momento, el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que generó la restricción vehicular<sup>122</sup> y, luego, la Ley N° 31018 promulgada por el Congreso. Esta última ley, sin embargo, fue inexistente durante varias semanas y, hasta donde llega nuestro conocimiento, no evitó ningún contagio.

En el caso *Aucoven vs. Venezuela* —un caso, dicho sea de paso, con circunstancias muy similares al que nos ocupa— el tribunal arbitral señaló expresamente lo siguiente:

También se admite que se deben satisfacer las siguientes condiciones para que proceda una alegación de fuerza mayor:

- Imposibilidad, es decir, el evento de fuerza mayor imposibilitó el cumplimiento.
- Imprevisibilidad, es decir, el evento de fuerza mayor no se pudo prever.
- **No atribuibilidad, es decir, el evento de fuerza mayor no puede atribuirse a la parte que ha incurrido en incumplimiento.**<sup>123</sup> (Énfasis agregado)

---

122 En concreto, se habría derivado de los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que señalan expresamente lo siguiente: «Artículo 3.- Suspensión del ejercicio de Derechos Constitucionales Durante el presente Estado de Emergencia Nacional queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú». «Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas. 4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales: a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público; b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad; c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias; d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2; e) Retorno al lugar de residencia habitual; f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad; g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento; h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible; i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta; j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (call center); k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida; l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional; m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor».

123 *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/00/5, Laudo, 23 de septiembre de 2003.



En el presente caso, el Estado se encuentra impedido de invocar un evento de fuerza mayor al no cumplir el requisito de «no atribuibilidad». Y es que no cabe la menor duda de que la suspensión de los peajes es plenamente atribuible al Congreso de la República.

En *segundo lugar*, los Contratos de Concesión son claros al establecer que «*la fuerza mayor no liberará a las Partes del cumplimiento de las obligaciones que no sean suspendidas por dichos eventos*». Así, los contratos determinan con claridad que si la fuerza mayor no impide que las partes cumplan con sus prestaciones, estas últimas deben proseguir cumpliendo con las obligaciones que tienen a su cargo. En definitiva, no fue el Covid-19 lo que impidió el cobro de los peajes. Es falaz, por ende, calificar al Covid-19 como un evento de fuerza mayor.

Un argumento que podría ser deslizado por el Estado para acreditar el evento de fuerza mayor es el Comunicado N° 005-2020-OSCE («**Comunicado OSCE**») del 25 de marzo de 2020. Mediante este oficio el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado («**OSCE**»), un organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, estableció expresamente que la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional podía constituir una situación de fuerza mayor:

1. La declaratoria de Estado de Emergencia Nacional dispuesta mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisado con Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, constituye una situación de fuerza mayor que puede afectar los vínculos contractuales celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, tanto del lado del contratista como del lado de la Entidad contratante.
2. En ese sentido, en aquellos casos en que la orden de aislamiento o inmovilización social establecida en los citados decretos supremos, impida la ejecución oportuna y/o cabal de las prestaciones de bienes y servicios, es derecho del contratista solicitar la ampliación del plazo del contrato, siguiendo para el efecto el procedimiento regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, debiendo presentarse la solicitud de ampliación dentro de los plazos establecidos en la normativa aplicable, una vez finalizado el hecho generador del retraso, aun cuando el plazo del contrato haya vencido.

Con respecto a este argumento, tenemos varios comentarios.

En *primer lugar*, el Comunicado OSCE establece claramente que su ámbito de aplicación son las relaciones contractuales celebradas al amparo de la normativa de contrataciones del Estado. Las asociaciones público-privadas no entran dentro de esta clasificación.

Al respecto, GAR —citando a Mori— precisó que «*while the OSCE, an agency attached to the Peru's Ministry of Economy and Finance, announced that the state of emergency constitutes a force majeure event, this only applies to contracts governed by the state's Public Contracting Law, and not investment contracts such as concession contracts or public private partnerships*» (Mori Bregante, 9 de abril de 2020).

En *segundo lugar*, no estamos de acuerdo con el Comunicado OSCE. La fuerza mayor nunca es determinada por un organismo estatal en virtud de un comunicado, sino más bien en función de la naturaleza de los hechos y la ley aplicable. De hecho, el comunicado incurre en falacias jurídicas y lógicas muy serias.

Por ejemplo, señala expresamente que «*la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional [...] constituye una situación de fuerza mayor que puede afectar los vínculos contractuales*». Por definición, la fuerza mayor afecta los vínculos contractuales. Si no los afecta, no es fuerza mayor. No resiste el menor análisis lógico alegar que una situación de fuerza mayor puede afectar los vínculos contractuales.

En *tercer lugar*, el numeral 2 ha señalado expresamente que no cualquier contratista tiene derecho a solicitar la ampliación, sino únicamente aquellos que, como consecuencia de la orden de aislamiento o inmovilización social establecida, se han visto impedidos de realizar la ejecución oportuna y/o cabal de las prestaciones de bienes y servicios. Esta es la prueba más fehaciente de que el Estado de Emergencia Nacional no constituye un evento de fuerza mayor en términos abstractos, sino que su debida aplicación debe verificarse en el caso en concreto.

## **(ii) Estado de necesidad**

En segundo lugar, el Estado Peruano podría invocar como defensa la existencia de un estado de necesidad bajo la costumbre del derecho internacional. El artículo 25 del Proyecto para la Responsabilidad Internacional del Estado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional establece expresamente lo siguiente:

Artículo 25: Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) **Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente;** y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. (Énfasis agregado)

En otras palabras, el Estado Peruano tiene la carga de probar que la suspensión de los peajes era el único mecanismo que tenía el Estado a su disposición para evitar el contagio del Covid-19. Una prueba casi diabólica para el Estado Peruano. Y es que, qué duda cabe, el estado de necesidad es una defensa de aplicación restrictiva y, por ende, resulta muy difícil que prospere.

De cualquier manera, si es que la defensa de estado de necesidad no fue amparada en casos tan extremos como Enron,<sup>124</sup> Sempra<sup>125</sup> y CMS,<sup>126</sup> parece por demás discutible que una defensa como esa pueda prosperar en el este caso.<sup>127</sup>

---

124 Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.c. vs. República de Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/3, 2007.

125 Sempra Energy International vs. República de Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/16, 2007.

126 CMS Gas-Transmission Company vs. República de Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, 2005.

127 Es importante mencionar, sin embargo, que tanto el laudo de Sempra como el de Enron fueron anulados en virtud del artículo 52 inciso 'b' del Convenio CIADI. En efecto, en ambos se concluyó que



Al respecto, Mónica Feria-Tinta declaró frente a Global Arbitration Review que *“states could use defences of force majeure, distress and necessity, the first two of which have not featured in investment cases to-date. If a state uses the necessity defence—as Argentina did unsuccessfully in investment claims arising out of its financial crisis—it will have to prove measures it took were the only way prevent harm to an “essential interest,” which could include its population”*.<sup>128</sup>

### **(iii) El caso colombiano: la promulgación del Decreto N° 482**

Una defensa contextual que podrá articular el Estado Peruano es que mediante el Decreto N° 482 promulgado el 26 de marzo de 2020 el Gobierno colombiano también suspendió el cobro de peajes sin que ningún concesionario denunciase la inconstitucionalidad de la medida. Este argumento es tendencioso y se encuentra totalmente alejado de la realidad.

Si bien es verdad que mediante el Decreto N° 482 el Gobierno colombiano suspendió el cobro de peajes a nivel nacional, resulta indispensable enfatizar que, con el fin de compensar a las concesionarias afectadas, el Gobierno estipuló que los contratos podrían ser prorrogados por encima del 20 % del plazo inicial:

#### Artículo 25. Medidas en contratos de concesión

En los esquemas de asociación público privada que trata la Ley 1508 de 2012 debido a la adopción de medidas por parte del Gobierno nacional que conlleven la disminución en el recaudo de los proyectos, podrán efectuarse prórrogas en tiempo que, sumadas, superen el veinte por ciento (20%) del valor del contrato inicialmente pactado. **Cuando se trate de proyectos de iniciativa privada los contratos podrán ser prorrogados por encima del veinte por ciento (20%) del plazo inicial.** (Énfasis agregado)

La medida adoptada en Colombia mediante el Decreto N° 482, entonces, no solo dista de ser idéntica a la peruana, sino que es absolutamente antitética. Mientras que en el Perú se estableció que la suspensión del cobro de peajes no causaría ni generaría derecho compensatorio, en Colombia —inteligentemente, por cierto— se compensó a las concesionarias mediante la ampliación de los contratos de concesión; medida que fue saludada por los concesionarios y bien recibida por la población.

Perú y Colombia, entonces, no se encuentran en situaciones comparables. Si se tienen en cuenta estas premisas, es realmente grave que el Congreso haya citado el caso colombiano en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 4985 como justificación para suspender el cobro de los peajes sin reconocer ninguna compensación a las concesionarias. En realidad, el caso colombiano constituye una de las

---

el tribunal arbitral se había extralimitado manifiestamente en sus facultades. Por otro lado, en el caso de CMS el laudo fue parcialmente anulado; sin embargo, el monto de compensación quedó intacto.

128 Global Arbitration Review. *Peru threatened over coronavirus emergency measures*, 5 de junio de 2020. En: <https://globalarbitrationreview.com/article/1227546/peru-threatened-over-coronavirus-emergency-measure>

principales razones por las que se les debe pagar una compensación a las concesionarias viales.

**(iv) El caso de las concesionarias cofinanciadas**

Otra defensa efectista que podría articular el Estado Peruano es resaltar que la Ley N° 31018 no discrimina, esto es, afecta a todas las concesionarias por igual. Además, seguramente enfatizará que la mayor parte de concesionarias viales suspendió voluntariamente el cobro de los peajes, y que son solo unas pocas las que «egoístamente» se han negado a hacerlo. Por donde se los vea, estos argumentos son falaces.

En *primer lugar*, es verdad que la Ley N° 31018 no discrimina entre concesionarias; sin embargo, en los hechos se sabe perfectamente que los únicos peajes que se encontraban activos en el momento de la promulgación de la ley eran los administrados por las concesionarias autosostenibles.<sup>129</sup> Esto quiere decir que el artículo único de la Ley N° 31018 pudo haber decretado «*suspéndase el cobro de peajes administrados por concesionarias autosostenibles durante el Estado de Emergencia Nacional*» y el efecto hubiese sido exactamente el mismo.

Las únicas que se están viendo afectadas económicamente como consecuencia de la ley son las concesionarias autosostenibles. Esta es precisamente la razón por la que AFIN ha señalado que la Ley que Suspende el Cobro de Peajes es una ley con nombre propio.

En *segundo lugar*, como hemos indicado anteriormente, las concesionarias que aceptaron voluntariamente suspender el cobro de los peajes tienen una modalidad de concesión cofinanciada. En este tipo de contratos de concesión hay una cuenta recaudadora que se nutre de fondos públicos en caso los peajes no sean suficientes para pagar al concesionario. Esto implica que la suspensión de los peajes no genera ningún tipo de afectación a este tipo de concesionarias, bajo el entendido de que sus ingresos están garantizados por el Estado Peruano. En efecto, bajo este esquema de concesión, el Estado paga al concesionario la diferencia entre los ingresos reales y el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG).

Por el contrario, en el caso de las concesiones autosostenibles el pago de la tarifa es prácticamente el único ingreso de las concesionarias.<sup>130</sup> Así, los ingresos que reciben las concesionarias se reinvierten en el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento. De esta manera, el pago del peaje permite, entre otras cosas, la limpieza de las vías, la ejecución de obras, los servicios de grúas, los servicios de atención de emergencias, desbroce de maleza, limpieza de pistas y puentes peatonales

---

129 Debe recordarse que mediante Resolución Directoral N° 592-2020-MTC/20 el Presidente Vizcarra dispuso que desde el 30 de marzo de 2020 quedaría suspendido el cobro de los peajes administrados por el MTC, a través de Proviás Nacional. Asimismo, el 2 de abril las concesionarias co-financiadas también suspendieron el cobro de peajes mientras dure el Estado de Emergencia Nacional.

130 Es importante mencionar que sí hay un ingreso mínimo anual garantizado (IMA) que asume el Estado en favor de las concesionarias autosostenibles. De acuerdo a los Contratos de Concesión, «el Ingreso Mínimo Anual Garantizado es la garantía otorgada por el CONCEDENTE a efectos de asegurar al CONCESIONARIO un nivel mínimo de ingresos».

y un largo etcétera.<sup>131</sup> Para estos efectos, resulta muy ilustrativo uno de los gráficos que se incluyó en la Demanda de Inconstitucionalidad.<sup>132</sup>

Concesión cofinanciada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El riesgo de demanda recae en el Estado, toda vez que en este tipo de concesiones el flujo vehicular no es suficiente para cubrir la construcción, operación y mantenimiento de la carretera. El Estado cofinancia dichas actividades, las cuales son realizadas por el concesionario en el marco de cada contrato de concesión, por lo que cada una de las obligaciones de pago que debe asumir el Estado se encuentran previstas en éstos.</li> <li>• Una afectación en el cobro de la tarifa del peaje no afecta al concesionario, toda vez que los pagos a los que está obligado el Concedente se deben seguir realizando.</li> </ul>
Concesión autosostenible	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El riesgo de la demanda recae en el Concesionario, toda vez que la tarifa de peaje sirve para retribuir la inversión realizada y que realiza este último sobre la infraestructura vial, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.</li> <li>• Cualquier tipo de afectación en el cobro de la tarifa de peaje que afecte la recaudación de cada concesionario vial puede generar que se activen los mecanismos de compensación previstos en cada contrato.</li> </ul>

131 Sobre el particular, en la Demanda de Inconstitucionalidad se ha expresado que «las empresas concesionarias de la red vial, conforme al marco de obligaciones establecidas en los contratos de concesión, despliegan determinadas actividades que repercuten directamente en la transitabilidad y operatividad de la vía, así como en la disponibilidad de servicios para la atención de los usuarios ante situaciones de emergencia (sea vehicular, de salud o accidentes) que requieran una atención inmediata. Bajo estas permisivas, la actuación de las empresas concesionarias se encuentra directamente relacionada con el acondicionamiento de la vía para la prevención de riesgos y la supresión de situaciones que puedan significar peligro para la vida e integridad de los usuarios, toda vez que, conforme a lo establecido en la normativa aplicable en materia de seguridad vial, deben garantizar la existencia de una vía en óptimas condiciones, que cumpla los niveles de servicio señalados en el contrato y que permita el desplazamiento bajo condiciones adecuadas de seguridad de los usuarios: concretándose ello a través de: (i) construcción de obras y mejoras en las carreteras; (ii) labores de rehabilitación y limpieza permanente, para mantener o recuperar la transitabilidad; (iii) mantenimiento de la operatividad de las vías; (iv) instalación e implementación de la debida señalización; (v) acondicionamiento de otros elementos de seguridad vial. Asimismo, según lo establecido en los contratos, las empresas concesionarias deben mantener a disposición de los usuarios determinados servicios de forma gratuita las veinticuatro (24) horas del día, tales como: (i) central de atención de emergencias; (ii) servicio de grúa y auxilio mecánico; (iii) servicio de ambulancia; (iv) servicio de patrullaje móvil, las veinticuatro (24) horas en algunos casos; y (v) casetas de atención policial en las estaciones de peajes. Los servicios obligatorios en mención, como parte de las actividades a cargo de las empresas concesionarias, se encuentran orientados a mitigar y minimizar situaciones de peligro generados en las vías, tales como la ocurrencia de incidentes, accidentes u otras situaciones de emergencia viales, que puedan significar un peligro manifiesto e inmediato para la integridad, vida o salud de los usuarios, activándose esto de forma posterior a la ocurrencia del hecho riesgoso o peligroso, a fin de salvaguardar la seguridad de los usuarios» (Demanda de Inconstitucionalidad, ¶¶13-16).

132 Demanda de Inconstitucionalidad, ¶22.

Por otro lado, en la Demanda de Inconstitucionalidad se señaló lo siguiente:

Las APP autofinanciadas son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumple con las siguientes condiciones:

- Requieren garantías financieras mínimas o nulas por parte del Estado, entendidas como aquellas que no superan el cinco por ciento (5%) del Costo Total de Inversión (CTI), o del Costo Total del Proyecto (CTP) en caso no contengan componentes de inversión.
- Requieren garantías no financieras con probabilidad *mínima o nula de demanda cofinanciamiento, entendidas como aquellas en las que la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros cinco (05) años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el Contrato.*

Por su parte, las APP cofinanciadas son aquellas que requieren cofinanciamiento, y/o en caso de requerir garantías —financieras o no financieras—, las mismas superan los límites señalados en el numeral anterior.<sup>133</sup>

Al suspender el cobro de los peajes, las concesionarias autosostenibles no tienen cómo atender sus obligaciones frente a los usuarios. Como era de esperar, muchas concesionarias han interpuesto excepciones de incumplimiento desde la entrada en vigencia de la Ley N° 31018. Por si fuera poco, algunas han señalado que el Estado Peruano será el responsable de todo lo que pueda ocurrir en la carretera concesionada desde la entrada en vigencia de la Ley N° 31018, con prescindencia de que el daño sea causado a los usuarios o a los bienes de la concesión.

En definitiva, resulta evidente que colocar en el mismo saco a los concesionarios cofinanciados y a los autosostenibles no reviste seriedad. No se encuentran en situaciones comparables.

#### **(v) La cláusula de los intereses esenciales**

Finalmente, la última defensa que podría, eventualmente, articular el Estado Peruano es invocar, cuando corresponda, la cláusula de los intereses esenciales. Existe un grupo reducido de TLCs y TBIs que establecen que las medidas no discriminatorias de un Estado que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.

Sobre este particular, el anexo 812.1 del Tratado de Libre Comercio celebrado por el Perú y Canadá señala expresamente lo siguiente:

Anexo 812.1.- Expropiación Indirecta

Las Partes confirman su común entendimiento que:

---

<sup>133</sup> Demanda de Inconstitucionalidad, ¶¶83-84.

(c) Salvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.

De igual manera, el anexo 10-B del TLC celebrado por Perú y Estados Unidos se pronuncia en los siguientes términos: «(b) *Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.*».

Por su parte, el anexo 8-B del Tratado de Libre Comercio celebrado por Perú y Australia señala expresamente lo siguiente:<sup>134</sup>

«ANNEX 8-B. Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances».

Estas disposiciones se reproducen también en el capítulo de inversión de los TLCs que celebró el Estado Peruano con Honduras,<sup>135</sup> México,<sup>136</sup> con los miembros de la Alianza del Pacífico,<sup>137</sup> etcétera. Asimismo, los recientes TBI que celebró el Estado Peruano con Japón,<sup>138</sup> Colombia<sup>139</sup> o Canadá<sup>140</sup> también contemplan cláusulas con redacciones muy similares.

En todo caso, como bien ha señalado Mori, «*no todos los tratados tienen este tipo de excepciones [cláusula de los intereses esenciales], solo algunos de los más recientes, llamados de segunda o tercera generación*» (Mori Bregante, 7 demayo de 2020).

Si bien inversionistas de Canadá, Estados Unidos, Australia, Honduras, México, Japón o Colombia que tienen acciones o cualquier otro tipo de participación directa (o indirecta en algunos casos) en alguna de las concesionarias viales podrán invocar la cláusula de los intereses esenciales, lo cierto es que resulta cuestionable que se hayan cumplido los requisitos que dicha cláusula establece. En efecto, al menos

---

134 Como bien ha señalado Mori, existen tratados como el Tratado China-Australia que van un paso más adelante al señalar que medidas no discriminatorias implementadas con «legitimate public welfare objectives [...] shall not be subject of a claim» (Mori Bregante, 9 de abril de 2020).

135 Anexo 12.10, literal 'e', del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Perú y Honduras el 29 de mayo de 2015.

136 Anexo 11.12 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Perú y México el 6 de abril de 2011.

137 Anexo 10.12 del Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico adoptado el 10 de febrero de 2014.

138 Anexo IV (referido al artículo 13) del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre el Perú y Japón el 21 de noviembre de 2008.

139 Anexo C, inciso 5, del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Perú y Colombia el 11 de diciembre de 2007.

140 Anexo B.13(1) del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre el Perú y Canadá el 14 de noviembre de 2006.

*prima facie*, parece absolutamente severo e irrazonable que se haya decretado la suspensión del cobro de peajes sin reconocerles a las concesionarias el pago de una compensación.

Sin perjuicio de lo anterior, más allá de que su aplicación resulte por demás cuestionable, la cláusula de los intereses esenciales es, en realidad, una muy mala noticia para el Estado Peruano. Y es que el hecho de que este Estado haya negociado y pactado esta cláusula en algunos pocos tratados devela que esta brilla por su ausencia en todos los demás (los que, dicho sea de paso, son la enorme mayoría).

Por lo tanto, de iniciarse arbitrajes de inversión, no debe sorprender que uno de los argumentos que utilizarán las concesionarias es que el Estado Peruano no negoció ni pactó una cláusula de los intereses esenciales, por lo que no resulta admisible que pretenda extraer esta defensa de otras cláusulas del TBI o el TLC que resulte aplicable. En definitiva, hechas las sumas y las restas, todo parece indicar que la cláusula de los intereses esenciales perjudica mucho más de lo que beneficia al Estado Peruano.

### 5.3. Reflexiones finales

Más allá de que el pronóstico parece favorecer con creces a las concesionarias, lo cierto es que no necesariamente todos los arbitrajes correrán la misma suerte. En el derecho las cosas no son blancas o negras. Cada tratado y cada contrato de concesión es un mundo aparte. Hay cláusulas fundamentales en algunos TBIs y TLCs suscritos por el Perú que son inexistentes en otros. De igual manera, hay cláusulas de algunos contratos de concesión que no se encuentran en otros.

Además, las cláusulas de trato justo y equitativo no siempre están redactada con el mismo tenor, y los contratos de concesión de la red vial nacional y los de la red vial local tienen marcadas diferencias. Por si fuera poco, la estrategia de cada concesionaria variará dependiendo del caso en concreto: en algunos casos iniciará *contract-based claims*; en otros, *treaty-based claims*; y en otros, ambos.

Parafraseando a Ortega y Gasset, así como el hombre es el hombre y sus circunstancias, el tratado es el tratado y sus circunstancias. Y de igual manera, por supuesto, el contrato es el contrato y sus circunstancias. Por lo tanto, el resultado de los eventuales arbitrajes internacionales será absolutamente casuístico. Además, tan o más importante que las cláusulas de los tratados y de los contratos de concesión será la designación de los árbitros que constituirán el tribunal arbitral. Como bien ha señalado Carter, las tres decisiones más importantes en un arbitraje son la elección de los árbitros, la elección de los árbitros y la elección de los árbitros (Carter, 1994, p. 84).<sup>141</sup>

Otro factor a tener en cuenta es que, a diferencia de cualquier otro arbitraje, los árbitros estarán absolutamente condicionados y sesgados por la pandemia. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que cada una de ellos ha vivido sus efectos en carne propia. No debe llamar la atención, por ejemplo, que el Estado

---

141 Por otro lado, en su tesis doctoral, Thomas Clay (2001, p. 374) señala que «ries n'est probablement plus important que le choix de l'arbitre [...], ni de plus difficile pour les parties, leurs conseuls et pour les institutions d'arbitrage».

designo como coárbitro a un nacional italiano. Y es que no cabe la menor duda de que, a efectos de probar reclamaciones como la fuerza mayor o el estado de necesidad, los Estados querrán que los árbitros sean personas que hayan sido testigos de los efectos más trágicos de la pandemia. Suena razonable que un árbitro italiano, por ejemplo, tenga más proclividad a amparar las pretensiones de los Estados que un árbitro uruguayo.

No lo puede haber explicado con mejores palabras Andrés Álvarez Calderón:

En cuanto al razonamiento y toma de decisión del tribunal frente a cada caso, debemos considerar que, siendo una crisis de carácter mundial, cada árbitro habrá vivido y sufrido la pandemia en distintas proporciones. Cada uno tendrá una opinión formada respecto del alcance y consecuencias de la crisis y cada uno tendrá una experiencia distinta en función a las medidas tomadas por sus propios Estados o el lugar donde vivieron la pandemia. Por tanto, irremediablemente todos los árbitros tendrán un sesgo (Álvarez Calderón, 25 de mayo de 2020).

Por lo demás, creo fundamental que los congresistas comprendan, de una vez por todas, que ninguno de ellos es especialista en derecho internacional de las inversiones, y que lo diligente hubiese sido que recaben opiniones de expertos y llamen a los sectores potencialmente afectados a expresar sus opiniones. Zapatero a tus zapatos. Más aún, toda ley debe contar con una técnica y fundamentada exposición de motivos, que, en el caso de los peajes, brilla por su ausencia.

No me gustaría culminar este artículo sin realizar algunas salvedades. Lo cierto es que así como hay pésimos congresistas —que encarnan el populismo y la chabacanería—, también hay extraordinarios congresistas que, denunciando el cortoplacismo de sus colegas, han opinado en el debate y ante la prensa con muchísima sensatez y criterio. Estoy seguro de que ninguno de ellos es experto en derecho internacional de las inversiones, pero también estoy seguro de que hicieron lo que debe hacer un buen congresista cuando no es especialista en un tema: preguntar.

Así, me permito citar la participación del congresista Daniel Olivares del Partido Morado porque me parece que él ha transmitido lo que me gustaría transmitir con este artículo, pero con las mejores palabras:

Tengo la sensación de que estuviésemos ganando una disputa; una pelea y la estuviésemos ganando a la empresa. Siento como una satisfacción al respecto. Sentimos que les estamos ganando a la empresa, pero las empresas no tienen corazón; lo que las empresas tienen son protocolos. Hoy vamos a salir muy satisfechos ganando esta batalla, pero mañana la historia va a ser otra. Si cambiamos un contrato lo que va a suceder inmediatamente es que mañana ellos dejarán de cumplir su parte del contrato. Los pocos que están funcionando —porque la mayoría ya no están funcionando, como dijo mi colega de Fuerza Popular—, los pocos que están funcionando, funcionan y hacen mantenimiento a las vías. Si hoy día cortamos el contrato, desde mañana no habrá servicios. No habrá servicios para bomberos; no habrá servicios para ambulancias. Ya veremos en los noticieros los problemas que vamos a haber generado y se nos va a echar la culpa otra vez de haber empezado esto.



Escucho a mis colegas decir que se quiere proteger la salud pública. Bueno, esta ley no va por el camino de proteger la salud pública. Si se quiere proteger los intereses del Estado, esta ley no protege los intereses del Estado. ¿Por qué? Porque de ahora en adelante, si es que nosotros cambiamos el contrato y hacemos que la empresa también no cumpla con su parte del contrato, es que el Estado va a tener que pagar esos 700 millones de soles mensuales para mantener las vías. Además de la demanda que nos van a poner —que de eso ni siquiera voy a hablar— y el Ejecutivo no es el que pierde porque el Ejecutivo no pierde. Los que son ministros hoy, mañana no van a ser ministros. Ya hemos visto los cambios que se dan. Esto lo va a pagar el próximo Gobierno. Y el próximo Gobierno, no con plata suya. Lo va a pagar con nuestra plata. Con la plata de quienes pagamos impuestos. Lo van a pagar personas de Arequipa, de todo el país por un tema de vías que están en la costa. Lo han dicho mis colegas muy bien, el Perú no es solo la costa.

Esta ley, si bien parece ser una buena ley, no lo es. Solo beneficia a dos grupos: a un grupo reducido de transportistas, que ellos siguen cobrando sus fletes como ha dicho mi colega, o a las concesionarias, porque les estamos dando la excusa perfecta para meter una buena demanda y cobrar un poco más. Solo beneficia a esas dos partes. Yo escucho a mis colegas decir que la población está esperanzada en que aprobemos esta ley, pero la población no paga por ese peaje. No es la población la que se va a beneficiar. Se van a beneficiar un grupito de empresas de transportistas que no creo que para eso estemos acá. Beneficia a empresas de transporte y a los concesionarios; y a la población no. Lo de los peajes, ¿tiene que arreglarse? Tiene que arreglarse. Lo que hemos visto en distintos lugares del país. Lo que ha sucedido en Puente Piedra, por ejemplo, donde ha estado mi colega es indefendible, y se tiene que arreglar de raíz, pero con esta ley no se arregla. Arreglemos el tema de fondo, reestructuremos, revisemos contratos, obliguemos a las partes a renegociar, que nunca más haya un contrato sin un artículo para emergencias o sin un artículo de cláusula anticorrupción, pero no aprobemos cosas o no inventemos cosas solamente para sentir que nos hemos cobrado una revancha, porque en realidad vamos a terminar pagándola todos los peruanos mañana. Solo pido un poco de responsabilidad; que no sintamos que esto de acá es una pelea para ganar algo emocional, sino estamos hablando de algo muy concreto; de que los peruanos y las peruanas vamos a pagar en los próximos años con nuestros impuestos lo que deberían estar pagando las empresas privadas en este momento que son las concesionarias.<sup>142</sup>

En definitiva, cabe preguntarnos: ¿quiénes resultan perjudicados con la Ley N° 31018? Todos. En primer lugar, el Estado Peruano. No solo porque tendrá muy pocas armas para enfrentar los arbitrajes internacionales, sino porque difícilmente inversionistas de otros países querrán invertir en un país en el que las reglas de juego no están claras. Asimismo, las concesionarias autosostenibles porque no podrán cobrar los peajes y necesariamente tendrán que iniciar costosos arbitrajes internacionales. Finalmente, todos los peruanos. No solo porque la calidad de los servicios viales se va a deteriorar significativamente, sino porque las eventuales indemnizaciones a las

---

142 Ver: <https://www.facebook.com/CongresoPeru/videos/852437868595988> (acceso: 10 de junio de 2020).



que se condene al Estado Peruano en arbitrajes internacionales serán pagadas, en última instancia, por todos los peruanos.

En ese sentido, la Presidente de OSITRAN ha expresado que se manifiesta en contra de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes porque quiere, precisamente, proteger a los ciudadanos:

Ositran defiende el cumplimiento de los contratos, pues en el ejercicio de sus funciones esta es la forma de cautelar los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios con imparcialidad y garantizando a estos últimos la transitabilidad de las vías en adecuadas condiciones. Erróneamente, algunos consideran que defender el cumplimiento de los contratos de concesión es defender a los concesionarios, nada más alejado de la realidad. Defender el cumplimiento de los contratos es proteger a los ciudadanos.

Primero, porque cumpliendo los contratos se protege al ciudadano de vivir en un país sin seguridad jurídica. Un Estado que es capaz de enfrentar con legalidad lo previsible y lo imprevisible es un Estado confiable, con valores, con credibilidad, capaz de atraer inversiones del sector privado que, a consecuencia de esta pandemia, hoy se tornan más urgentes y necesarias que antes.

Segundo, porque cumpliendo los contratos se protege al ciudadano para que sus impuestos no sean destinados a afrontar los costos de las indemnizaciones que le demanden al Estado por no haber respetado las cláusulas contractuales.

Tercero y la principal razón, porque cumpliendo los contratos se protege al ciudadano en tanto usuario de la vía, para que pueda transitar por el territorio nacional con infraestructura segura y de calidad. El pago de la tarifa de peaje representa una carretera operando con adecuados niveles de servicio y con la garantía de contar con la asistencia requerida. No en vano en lo que va en este periodo de emergencia se han registrado 1,064 auxilios mecánicos y 282 auxilios médicos brindados por las empresas concesionarias a las que hoy se les prohíbe cobrar la tarifa de peaje. Con la vigencia de esta ley, surgen muchas interrogantes sobre si estas empresas demandarán al Estado o si dejarán de cumplir con sus obligaciones. Todas preguntas en un escenario de incertidumbre al cual lamentablemente nunca se debió llegar.<sup>143</sup>

Por último, no cabe la menor duda de que el reciente laudo de Rutas de Lima que ha condenado a la Municipalidad de Lima a pagar aproximadamente US\$67 millones en un arbitraje UNCITRAL tendrá eco en los procedimientos domésticos e internacionales en que se analizará la suspensión de los peajes. En el comunicado publicado en su página web, la Municipalidad de Lima informó que la *«la actual gestión heredó, en este caso concreto, un contrato desnaturalizado, el cual fue modificado irregularmente e interpretado de manera antojadiza por el concesionario, ante la permisividad de una administración edil complaciente»*.<sup>144</sup> Este

143 Ver: <https://peru21.pe/opinion/protegiendo-a-los-ciudadanos-a-proposito-de-la-suspension-del-cobro-de-peajes-pandemia-coronavirus-en-el-peru-ministerio-de-transporte-y-comunicaciones-congreso-ositran-veronica-zambrano-copello-noticia/?ref=p21r> (acceso: 15 de junio de 2020).

144 Ver: <http://www.munlima.gob.pe/noticias/item/40037-comunicado-la-municipalidad-de-lima-in->

tipo de excusas no son aceptables; y con mucho menos razón lo son para una entidad estatal.

No es admisible que medidas que pueden terminar costándoles muy caras a los peruanos no sean adoptadas con el sustento técnico y jurídico adecuado. Hoy sabemos que la decisión del exalcalde Luis Castañeda Lossio de suspender el cobro de peajes entre fines de diciembre de 2016 y finales de octubre de 2018 en la estación de peaje de Chillón fue una medida suicida. Dicen que guerra avisada no mata gente; pero los congresistas reparten las lampas con que se va a enterrar al Estado Peruano. Eso es lo que pasa cuando se promulgan leyes salvajes y se suspenden peajes: se inician coronarbitrajes.

## Referencias

Álvarez Calderón, Andrés (25 de mayo de 2020). *Impacto e influencia que la pandemia COVID-19 puede tener en los árbitros*. CIAR Global. En: <https://ciarglobal.com/impacto-e-influencia-que-la-pandemia-covid-19-puede-tener-en-los-arbitros/>

Carter, James (1994). The selection of arbitrators. *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, N.º 1-4. Nueva York.

Clay, Thomas (2201). *L'arbitre*. París: Dalloz.

Dralle, Tilman Michael (2018). *Ownership unbundling and related measures in the EU energy sector. Foundations, the Impact of WTO law and investment protections*. Springer.

García Cueto, José Ignacio (27 de mayo de 2020). Lo que el peaje se llevó: crónica de un arbitraje anunciado. *Enfoque Derecho*. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/27/lo-que-el-peaje-se-llevo-cronicas-de-un-arbitraje-anunciado/>

Horna, Emily (27 de mayo de 2020). Lo que el peaje se llevó: crónica de un arbitraje anunciado. *Enfoque Derecho*. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/27/lo-que-el-peaje-se-llevo-cronicas-de-un-arbitraje-anunciado/>

Huerta, Luis (12 de junio de 2020). Apuntes sobre la Ley que suspende el cobro de peajes. *Enfoque Derecho*. En <http://www.enfoquederecho.com/2020/06/12/apuntes-sobre-la-ley-n-31018-ley-que-suspende-el-cobro-de-peajes/?fbclid=IwAR0EPRVjuKqhlL12BkTQk8lt-xHXthvhv6ff4-ziLaVgCpr8x09kScG7YMw> (acceso: 14 de junio de 2020).

Mori Bregante, Pablo (9 de abril de 2020). Peru warned of potential ICSID claims over Covid-19 measures. *Global Arbitration Review*. En: [https://globalarbitrationreview.com/article/1225319/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures?utm\\_source=04%2f09%2f20-1](https://globalarbitrationreview.com/article/1225319/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures?utm_source=04%2f09%2f20-1)

---

forma-a-la-ciudadania-sobre-arbitraje-internacional-iniciado-por-rutas-de-lima (acceso: 5 de junio de 2020).

Mori Bregante, Pablo (27 de mayo de 2020). Lo que el peaje se llevó: crónica de un arbitraje anunciado. *Enfoque Derecho*. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/27/lo-que-el-peaje-se-llevo-cronicas-de-un-arbitraje-anunciado/>

Mori Bregante, Pablo (junio de 2020). La crónica continúa: entre peajes, arbitraje internacional y otras diferenciaciones. *Gestión*.

Reisman, Michael, & Sloane, R. D. (2003). Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *The British Year Book of International Law* N.º 74, pp. 115-150.

Schreuer, Christoph (27 de febrero de 2017). *Consent to arbitration*. En: [https://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)

UNCITRAL. (s. f.). *Treaty Claims v. Contract Claims, tools to prevent concurrent proceedings in investment arbitration*. In: [http://uncitralcap.org/wp-content/uploads/2015/11/Session-VI\\_Fernando-Dias-Simo%CC%83es.pdf](http://uncitralcap.org/wp-content/uploads/2015/11/Session-VI_Fernando-Dias-Simo%CC%83es.pdf)



# **Suspensión de acuerdos internacionales de inversión**

*Eugenia Simó García*  
Universidad Carlos III de Madrid



El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como pandemia internacional la expansión de la COVID-19, nombre que recibe la enfermedad desarrollada por el nuevo coronavirus derivado del acrónimo en inglés (Organización Mundial de la Salud, 2020). La situación actual consecuencia de la pandemia ha llevado a muchos gobiernos a adoptar medidas de diversa índole que pueden llegar a tener impacto en los derechos de los inversores bajo distintos tratados bilaterales y multilaterales de inversión. A título de ejemplo señalaremos las medidas aplicadas por España, que ha optado por nacionalizar temporalmente los hospitales privados e intervenir su gestión (Triguero, 2020).

Esto lleva inevitablemente a la cuestión de si los Estados pueden ser considerados responsables bajo el derecho internacional por el incumplimiento de estos estándares de protección incluidos en los tratados de protección de inversiones extranjeras. Sobre esto se han hecho ya distintos análisis que se basan en una aplicación analógica de las decisiones arbitrales dictadas en el contexto de la crisis argentina de 2001, cuando el Estado alegó, entre otras defensas, la imposibilidad de incumplimiento de los tratados (García Matamoros & Arévalo Ramírez, 2017). Además, con respecto a la relación entre protección de inversiones extranjeras y salud pública, también se han dictado laudos que evalúan el equilibrio entre el respeto de ambos bienes.<sup>1</sup>

Sin embargo, la cuestión no ha sido analizada desde el punto de vista de la posibilidad que tiene todo tratado internacional de ser suspendido, establecida en los artículos 57 y 61.2 del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, Convenio de Viena). Se trata de una opción que han intentado ejercer Estados como Grecia, al suspender la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Godin, 2020). Decisión gravemente criticada y cuya legalidad excede el ámbito de este artículo.

## **1. La protección de los derechos de los inversores en los acuerdos internacionales de inversión en el contexto de la COVID-19**

---

<sup>1</sup> Véase Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case N° ARB/10/7.

Los inversores extranjeros disfrutan de la protección reconocida en los tratados internacionales de inversión (TII) que su Estado de origen ha firmado con los Estados donde inviertan. En caso de que el Estado viole estas protecciones, el inversor podrá presentar una reclamación directa sin recurrir a la protección diplomática. Se trata de uno de los grandes avances del derecho internacional contemporáneo y una muestra de la tendencia que hoy existe del progresivo reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional. Un TII es un acuerdo entre dos o más Estados que contiene compromisos recíprocos para la promoción y protección de las inversiones realizadas por los nacionales de los Estados signatarios (tanto particulares como empresas) en el territorio de cada uno de ellos. Históricamente, estos tratados se han celebrado para dar confianza a los inversores extranjeros de que su inversión no se verá afectada negativamente por ciertos actos irregulares del Estado receptor de la inversión. Lo más frecuente es que estos TII sean acuerdos bilaterales —llamados tratados bilaterales de inversión (TBI) o acuerdos de promoción recíproca de inversiones (APRI)—, tratados multilaterales o acuerdos de libre comercio que contengan protecciones para las inversiones.

Los términos de cada TII difieren, pero todos suelen incluir las siguientes protecciones para las inversiones y los inversores extranjeros:

- (i) Una *protección contra la expropiación ilegal* de una inversión sin una compensación adecuada. Dentro de esta se distingue entre expropiación directa e indirecta (que es la que ocurre a través de una serie de actos gubernamentales que invaden una inversión y la privan de valor) (OECD, 2004);
- (ii) La garantía de otorgar al inversor un *trato justo y equitativo* (FET por sus siglas en inglés). Las reclamaciones en virtud de las disposiciones sobre FET suelen darse en dos grandes categorías: (a) las prohibiciones contra la denegación de justicia y (b) las reclamaciones basadas en la violación de las legítimas expectativas del inversor. Estas últimas podrán verse violadas por actos de cualquier poder del Estado, incluso actos de carácter normativo. No obstante, no todos los cambios normativos constituirán una violación del FET, y la existencia de esas protecciones no priva al Estado de su capacidad de ejercer sus facultades normativas. Sin embargo, en determinadas circunstancias el Estado sí que verá su espacio regulatorio reducido como consecuencia de este estándar. En la jurisprudencia se han destacado cambios regulatorios de gran calado o arbitrarios (Ortino, 2018);
- (iii) Una *garantía de protección y seguridad plenas* para la inversión y para el inversor. Generalmente, aunque se entiende que esto se refiere a la protección física —por ejemplo, en caso de conflictos armados—,<sup>2</sup> también puede abarcar la protección jurídica; y,
- (iv) Garantías de *trato nacional*, es decir, no menos favorable que el que se da a los nacionales del Estado receptor o de *nación más favorecida*, esto es, no obtener un trato menos favorable del que se da a los nacionales de terceros Estados.

2 Véase *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case N° ARB/87/3, donde Sri Lanka fue condenada a pagar una indemnización por los daños físicos sufridos en una granja de gambas como consecuencia de una revuelta popular.



Estos estándares impiden al Estado receptor discriminar al inversor extranjero.

Teniendo esto en cuenta, no sorprende que algunas de las medidas tomadas por los Estados en el contexto de la COVID-19 pudieran ser objeto de demandas por parte de los inversores. Sin embargo, cabe recordar que, en cualquier caso, todos los estándares de protección requieren de un elemento de arbitrariedad o injustificación de las medidas para su apreciación.

Por otra parte, para los efectos de este artículo, es importante señalar que la mayoría de TII contienen disposiciones sobre su terminación. Generalmente, se incluye un período en el cual el tratado tendrá efectos. Sin embargo, pasado este período, los Estados parte podrán denunciar el tratado, que suele prever un período transitorio hasta la pérdida completa de efectos.<sup>3</sup> La doctrina anglosajona ha dado a esto el nombre de «*sunset clauses*». Sin embargo, no son frecuentes las cláusulas que prevean la suspensión de los efectos del tratado. En consecuencia, será aplicable el régimen general previsto en el Convenio de Viena.

## 2. La suspensión de los tratados internacionales en el Convenio de Viena

Debido a la ausencia de artículos que regulen la suspensión de las obligaciones de los TII, habrá de recurrirse entonces a la regulación incluida en el Convenio de Viena. Tratado de aplicación prácticamente universal, ya que tiene 116 Estados parte.

### 2.1. Normas generales

El derecho de los tratados internacionales se basa en el principio *pacta sunt servanda*, tal y como señala el preámbulo del Convenio de Viena. Dentro de la regulación que ofrece esta también se incluyen distintas situaciones en las que los Estados parte de un tratado tienen la posibilidad de inaplicar el principio, en concreto las causas de nulidad, terminación y suspensión de los tratados (Martín López, 1999).

Estas tienen consideración de *numerus clausus*, de acuerdo con el artículo 42.2 del Convenio de Viena, que señala que la terminación, la denuncia, el retiro de una parte, y la suspensión, solo podrán tener lugar como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado concreto o del Convenio. Por su parte, la doctrina, como indica el profesor Díez de Velasco, distingue entre dos tipos de causas de suspensión.

En primer lugar, los casos de suspensión simple, entre los que se incluyen que el tratado así lo prevea, o que todas las partes lo consientan —previa consulta con los demás Estados contratantes (en caso de que sea un tratado multilateral)— por medio de un acuerdo, siempre que esté previsto en el tratado o no esté prohibido en él (Díez de Velasco & Escobar Hernández, 2013). También se prevé la suspensión por cambios fundamentales de las circunstancias, la imposibilidad temporal de

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, el Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho «Ad Referendum» en Madrid el 24 de julio de 2008, artículo 13.

cumplimiento o estado de necesidad (Díez de Velasco & Escobar Hernández, 2013). En estos tres últimos casos deberán darse las condiciones señaladas por el derecho internacional general y la jurisprudencia.<sup>4</sup>

Por otra parte, el Convenio también prevé casos en los que la suspensión se presenta como una alternativa a la terminación, pero estos no son objeto del análisis de este artículo.

Además, el artículo 44 dispone que un Estado solo podrá suspender la aplicación de la totalidad del tratado y no de determinadas partes de él, a menos que el tratado disponga o que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, si el Estado alega un motivo concreto para la suspensión de la aplicación de un tratado y este solo es aplicable a determinadas cláusulas, solo podrá invocarse en relación con ellas cuando:

- (a) Dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
- (b) Se desprenda del tratado o se establezca de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no constituye una base esencial del consentimiento de la otra parte o las otras partes en obligarse por el tratado en su conjunto; y,
- (c) La continuación del cumplimiento del resto del tratado no sería injusta (Shaw, 2012, p. 845).

Finalmente, se debe indicar que la suspensión es de orden temporal. Como consecuencia de ella, el tratado dejará de producir efectos jurídicos durante un cierto tiempo, pero permanecerá en vigor. Por lo tanto, se diferencia claramente de la extinción. La doctrina señala que no es correcto hablar de una extinción temporal, pues el tratado permanece válido durante la vigencia de la suspensión.

## **2.2. Suspensión del tratado por imposibilidad de cumplimiento o cambios fundamentales de las circunstancias**

Una vez hecho el análisis de la regulación general sobre la suspensión contenida en el Convenio de Viena, cabe estudiar los causales de imposibilidad de cumplimiento y la aplicación de la *rebus sic stantibus* debido a las circunstancias excepcionales en las que se encuentran las relaciones entre Estados actualmente. Para ilustrar la excepcionalidad de la situación es preciso destacar la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2 de abril de 2020, adoptada por unanimidad, reconociendo los efectos sin precedentes de la pandemia del coronavirus y llamando a la cooperación intensificada entre Estados para contener, mitigar y derrotar a la COVID-19.<sup>5</sup> La resolución reafirma el compromiso de la Asamblea General con la cooperación y el multilateralismo. También en esta línea han ido las declaraciones del Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, para liderar la movilización y

<sup>4</sup> Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, artículos 61 y 62.

<sup>5</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/74/270, de 2 de abril de 2020. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/74/270>

coordinación de una respuesta global a la pandemia y sus impactos adversos en lo social, lo económico y lo financiero (Naciones Unidas, 2020).

Teniendo esto en cuenta, se hace relevante el análisis de las figuras de la imposibilidad de incumplimiento y la *rebus* en el ámbito de la suspensión de los tratados. En este sentido, el precedente jurisprudencial más relevante es la sentencia del *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros* que muestra la dificultad de apreciación de este tipo de estándares para posibilitar la suspensión y terminación de tratados internacionales.

### **2.3. La aplicación del marco general a los TII**

El análisis anterior muestra la dificultad de que la alegación de alguna de estas figuras prospere. Sin embargo, la gravedad de la situación hace que los gobiernos necesiten el espacio regulatorio suficiente para emitir paquetes de apoyo económico sin arriesgarse a enfrentar una oleada de casos de arbitraje de inversiones (con el gasto personal y económico que suponen). Por ello, una manera viable sería que los Estados llegaran a acuerdos para suspender la aplicación de los TII en lo relativo a las medidas relacionadas con la COVID-19.<sup>6</sup>

Esto último nos lleva a la puntualización hecha anteriormente sobre la suspensión de los tratados que afecte únicamente a algunas disposiciones del tratado.<sup>7</sup> Sin embargo, esta suspensión no será sobre las disposiciones del tratado sino que deberá operar únicamente en relación con las medidas dirigidas a las consecuencias de la pandemia. De hecho, las disposiciones deberán mantenerse en vigor para el resto de medidas no relacionadas con la COVID-19, ya que un acuerdo sobre la suspensión completa de los estándares de protección al inversor podría llevar a la adopción de medidas arbitrarias y abusivas.

Los requisitos para llegar a un acuerdo de estas características están recogidos en la Convención de Viena. En particular, se podrá llegar a este tipo de acuerdos si no está prohibido por el tratado en cuestión, siempre que no afecte los derechos u obligaciones de las demás partes (si las hay) y que no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.<sup>8</sup> La Convención también regula algunos extremos del procedimiento a seguir en caso de que un Estado decida suspender la aplicación del tratado en sus artículos 65 y siguientes. Esencialmente, el Estado deberá notificar por escrito a las demás partes del tratado indicando las razones en las que se basa.<sup>9</sup>

---

6 Véase propuesta del IISD. Disponible en <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>

7 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, artículo 65.

8 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, artículos 65.2 y 67.

9 *Id.*

La notificación, por tanto, deberá especificar los términos de la suspensión. Por ello, el Estado deberá concretar que únicamente solicita la suspensión con relación a las medidas que se tomen, ya sean económicas o sanitarias, para intentar paliar los devastadores efectos de la epidemia.

### 3. Incidencia en la responsabilidad internacional

En cuanto a los efectos de la notificación de suspensión del tratado, en primer lugar, es preciso indicar que la suspensión producirá efectos desde el momento en el que el Estado que recibe la notificación lo confirme o si pasa el plazo de tres meses señalado en el artículo 65.2 de la Convención de Viena.<sup>10</sup> Además, en el caso de que el Estado haya afirmado que el tratado es válido una vez que conoció los hechos que motivan la solicitud de suspensión, no podrá solicitarla (Shaw, 2012, p. 845).

Esto tiene dos consecuencias directas. Por un lado, que las medidas que ya se han adoptado no podrán ser objeto de la notificación de la suspensión, pues esta no podrá tener efectos retroactivos. Esto fue determinado, con respecto a la terminación de los tratados, en el arbitraje *Rainbow Warrior* entre Francia y Nueva Zelanda. En él, el árbitro Javier Pérez de Cuéllar señaló que, pese a que el tratado que existía entre las partes del conflicto había expirado, Francia continuaba siendo responsable por los incumplimientos del acuerdo antes de su terminación.<sup>11</sup> En consecuencia, la suspensión de un tratado no afectará las obligaciones del Estado con los inversores extranjeros antes de que opere.

Por otro lado, que en caso de que algún Estado haya afirmado la vigencia de los TII, no podrá luego intentar hacer valer su suspensión. En este sentido, cabe recordar que las declaraciones de los jefes del Estado, jefes de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores tienen la capacidad de crear obligaciones para los Estados como actos unilaterales. Esto fue confirmado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de Groenlandia Oriental para los ministros de Asuntos Exteriores.<sup>12</sup> En las presentes circunstancias, esto tiene más probabilidad de tener relevancia en relación con declaraciones de estos representantes del Estado relativas a tratados de libre comercio y su vigencia. En parte, debido a su posible alegación en las compras de material sanitario u otras provisiones necesarias con respecto a la pandemia.

En caso la notificación se haga según lo previsto en el Convenio de Viena, los efectos de la suspensión se recogen en su artículo 72. En esencia, la suspensión eximirá a los Estados de las obligaciones incluidas en el tratado durante un tiempo determinado.

---

10 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, artículo 65.2.

11 *Rainbow Warrior (New Zealand v. France)* France-New Zealand Arbitration Tribunal. 30 April 1990.

12 Caso relativo a la delimitación marítima de la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega), fallo de 14 de junio de 1993.

## 4. Conclusiones

En conclusión, teniendo en cuenta las extraordinarias circunstancias por las que están atravesando la mayoría de Estados de la comunidad internacional, sería conveniente que se explorara la posibilidad de suspender la aplicación de los TII sobre las medidas que adopten los gobiernos para hacer frente a la epidemia. Como se ha indicado, se trata de una opción que requerirá el acuerdo de todos los Estados parte del tratado. Dada la dificultad de que se puedan apreciar las causas excepcionales incluidas en la Convención de Viena para que opere la suspensión de un tratado, el consentimiento será esencial. Por ello, en línea con lo señalado por el Secretario General de las Naciones Unidas, la cooperación entre Estados podría llegar a exigir llegar a acuerdos sobre la suspensión de los TII.

## Referencias

Díez de Velasco, Manuel, & Escobar Hernández, Concepción (2013). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.

García Matamoros, Laura Victoria, & Arévalo Ramírez, Walter (2107). *El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI). 17 Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

Godin, Melissa (25 de marzo de 2020). Coronavirus is closing borders in Europe and beyond. What does that mean for refugees? *Time*. Disponible en <https://time.com/5806577/coronavirus-refugees/>

Martín López, M. A. (1999). La terminación y la suspensión de los Tratados Internacionales a título de contramedida. *Anuario de Derecho Internacional*, XV, 531.

Naciones Unidas. (2020). Mensaje del Secretario General sobre el COVID-19, de 11 de marzo. Disponible en <https://www.un.org/sg/es/content/sg/statement/2020-03-11/secretary-generals-message-covid-19>

OECD. (2004). «Indirect expropriation» and the «right to regulate» in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing.

Organización Mundial de la Salud. (2020). Alocución de apertura del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Ortino, Federico (2018). The obligation of regulatory stability in the fair and equitable treatment standard: how far have we come? 4 *Journal of International Economic Law*. King's College London Law School Research Paper N° 19-6.

Shaw, Malcolm N (2012). *International law*. 5<sup>th</sup> edition. Cambridge: Cambridge University Press.

Triguero, Beatriz et al. (2020). Estos son los sectores susceptibles de ser nacionalizados ante la crisis de la Covid-19. *Voz Pópuli*, 12 de abril. Disponible en [https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/sectores-susceptibles-nacionalizados-crisis-sanitaria\\_0\\_1344166719.html](https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/sectores-susceptibles-nacionalizados-crisis-sanitaria_0_1344166719.html)

**La tutela jurisdiccional efectiva en tiempos de  
COVID-19: apuntes sobre la cláusula *rebus sic  
stantibus* en materia cautelar**

*Kevin Villanueva Sotomayor*  
Pontificia Universidad Católica del Perú





*Las providencias cautelares se pueden considerar como emanadas con la cláusula (rebus sic stantibus), puesto que las mismas no contienen la declaración de certeza (accertamento) de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; sino que constituyen, para proyectarla en el porvenir, una relación nueva (relación cautelar) destinada a vivir y, por lo tanto, a transformarse si la dinámica de la vida lo exige.*

Piero Calamandrei

## 1. Introducción

Aunque el contrato es ley entre las partes (*pacta sunt servanda*), el cambio material de circunstancias en las que este fue celebrado puede motivar justificadamente que se produzca una intervención legal en la o las relaciones jurídicas que este ha creado, ya sea para modificarlas o para extinguirlas.

Este cambio de paradigma, que permitió relativizar el *pacta sunt servanda*, ocurrió justamente con motivo de circunstancias desastrosas como las que ahora aquejan a nuestra sociedad. Fue en la Primera Guerra Mundial que «[...] insólitas y numerosas rupturas del equilibrio contractual, dieron lugar a nuevos planteamientos destinados a paliar las injustas consecuencias de fenómenos imprevisibles» (De la Puente y Lavalle, 2001, p. 562).

Esta alteración del curso normal del contrato o «cambio de circunstancias» ocurre por eventos que necesariamente deben ser extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Existen diversas teorías que buscan dar solución al fenómeno del «cambio de circunstancias» en materia contractual; una de ellas es la de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta teoría supone que todos los contratos llevan consigo de manera implícita una cláusula por la cual «[...] su cumplimiento queda subordinado al mantenimiento del estado de cosas existente en el momento de la celebración del contrato» (De la Puente y Lavalle, 2001, p. 563).

En el Perú contamos con dos claras manifestaciones legislativas del «cambio de circunstancias»: la fuerza mayor (artículo 1315 del Código Civil) y la excesiva onerosidad (artículos 1440 al 1446 del Código Civil). Ambas figuras están siendo profundamente analizadas en este libro por otros autores.

Este trabajo versará sobre la cláusula *rebus sic stantibus* y el COVID-19, pero desde un ámbito distinto al contractual, el de las medidas cautelares. Para ello, empezaremos con un marco teórico sobre las medidas cautelares (su fundamento constitucional, características, requisitos y tipos), para luego adentrarnos en el objeto de este trabajo: mostrar cómo es que el estado de emergencia<sup>1</sup> ha generado un escenario propicio para la revisión de muchas medidas cautelares otorgadas tanto en sede judicial como en sede arbitral.

Sobre este último punto, veremos cómo es que en el ámbito penal esto ya está sucediendo, mientras que, en el ámbito civil y comercial, esto aún no ha ocurrido, en la medida en que las actividades jurisdiccionales en dichas materias han estado suspendidas (tanto en lo judicial como en lo arbitral<sup>2</sup>).

Finalmente, nos anticiparemos a algunos pedidos de variación que en materia civil y comercial seguramente serán planteados una vez que se reanuden las actividades jurisdiccionales.

## 2. La tutela jurisdiccional efectiva y la tutela cautelar

Un Estado, por más liberal que sea, necesita de ciertas reglas y principios para lograr que la vida en sociedad se desenvuelva de forma pacífica. Sin reglas claras, cualquier punto de intersección o convergencia entre los intereses de dos o más personas traería consigo caos.

Para evitar ello, primero se determina con claridad cuáles son aquellas situaciones jurídicas que prevalecen frente a otras. Es decir, se brinda protección legal a ciertas formas de ser o estar de los sujetos, frente a otras formas de ser o estar de otros sujetos. A esto se le conoce comúnmente como «tutela jurídica».

Sin embargo, el solo reconocimiento de un derecho no garantiza que los demás lo respetarán. Por eso, luego de determinar o reconocer situaciones jurídicas de ventaja, nuestro ordenamiento jurídico garantiza a todos los sujetos que estas se harán

---

1 El domingo 15 de marzo de 2020, se publicó en una edición extraordinaria del Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, «que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19» (en adelante, Decreto Supremo).

De acuerdo con el Decreto Supremo, entre otras medidas, las actividades comerciales fueron paralizadas, exceptuando solo algunas pocas que resultaban esenciales, las fronteras se cerraron y se obligó a las personas a guardar cuarentena en casa. Todo ello con la finalidad de evitar la propagación del COVID-19.

La vigencia del estado de emergencia ha sido ampliada en varias oportunidades, a través de diversos decretos supremos. A la fecha (8 de junio de 2020), la última prórroga se produjo por disposición del Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, que extendió el estado de emergencia hasta el martes 30 de junio de 2020. Paulatinamente se han ido reanudando algunas actividades comerciales, siempre que cumplan con los protocolos de bioseguridad aplicables.

2 Sin ánimo de reabrir el interminable debate acerca de la naturaleza del arbitraje, este trabajo parte del hecho innegable de que, al menos de forma expresa, nuestra Constitución (en su artículo 139 numeral 1), y nuestro máximo intérprete de esta, el Tribunal Constitucional (en diversas sentencias, entre otras, la del Caso «Maria Julia» – Expediente N° 00142-2011-PA/TC, que fijó el precedente acerca de la residualidad del amparo arbitral), consideran que tiene naturaleza jurisdiccional.

cumplir, gracias a la protección de los órganos jurisdiccionales. A este poder-deber (por parte del Estado) y derecho (por parte de los justiciables) lo llamamos «tutela jurisdiccional efectiva». La tutela jurisdiccional efectiva es pues aquella protección de las situaciones jurídicas de ventaja que brinda el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales.<sup>3</sup>

Como adelantamos, esta protección (derecho) tiene como contrapartida un poder-deber del Estado, a través del cual se adjudica el monopolio del sistema de administración de justicia. Por este poder el Estado garantiza lograr una sociedad democrática y justa. No obstante, un sistema de justicia defectuoso puede llevar a la sociedad a recuperar aquello que le prohibieron hacer para solucionar sus conflictos: buscar la justicia por propia mano. Por lo tanto, este poder debe ser utilizado con responsabilidad, más aún en un Estado constitucional como el nuestro, en el que la Constitución prevalece sobre cualquier otro dispositivo normativo, y el Estado debe garantizar que ello se cumpla.

En palabras de Giovanni Priori, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva «[...] es el derecho que tiene todo sujeto de derecho a acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución» (2003, p. 280).

Pero si la tutela jurídica reconoce derechos y la tutela jurisdiccional efectiva también es un derecho, ¿qué hace que la segunda sirva para garantizar el cumplimiento de la primera? Pues el proceso, entendido como aquel conjunto de actos procesales agrupados y sistematizados para resolver conflictos y eliminar incertidumbres, ambas con relevancia jurídica (artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil). De ahí que el proceso sea el instrumento o medio a través del cual la tutela jurisdiccional logra proteger efectivamente las situaciones jurídicas prevalentes.

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho complejo, debido a que la componen otros derechos: (i) derecho de acción o acceso a la justicia, (ii) derecho de defensa o contradictorio, (iii) derecho a obtener un pronunciamiento que ponga fin al proceso, (iv) derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales con calidad de cosa juzgada (sentencias o laudos), (v) entre otras garantías mínimas como la del juez natural y la motivación.<sup>4</sup>

La tutela jurisdiccional efectiva así entendida está recogida en nuestra Constitución, en su artículo 139 numeral 3. Aun cuando no se le califica expresamente como «efectiva», el propio Tribunal Constitucional ha entendido que lo es, pues ¿de

---

3 Nótese que para efectos de este trabajo la tutela jurisdiccional efectiva es propia de los órganos jurisdiccionales, y no de otros órganos administrativos o incluso privados que carecen de potestad jurisdiccional. Eso no quiere decir que los procedimientos seguidos ante estos últimos no gocen de mínimas garantías, pues sí lo hacen, pero no en virtud de la tutela jurisdiccional efectiva, sino en virtud del debido proceso, concepto de origen anglosajón, mucho más amplio que el de la tutela jurisdiccional efectiva.

4 Aunque para el Tribunal Constitucional estas garantías mínimas sean exclusivas del debido proceso y no de la tutela jurisdiccional efectiva (cuyo entendimiento lo ven reducido al marco objetivo de protección a los justiciables). Véase STC Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, STC Exp. N° 2192-2002-HC/TC, STC Exp. N° 2169-2002-HC/TC y STC Exp. N° 3392-2004-HC/TC.

qué sirve que el Estado brinde protección si esta no resulta eficaz? Como vimos en el ejemplo del acreedor quirografario, ningún fallo estimatorio resulta útil si por el tiempo transcurrido este ya no puede ser ejecutado, al no haber antes adoptado las medidas necesarias para asegurar su eficacia (por ejemplo, un embargo):

A diferencia de lo que sucede en otras Constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional «efectiva». Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso «intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también [...] capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad» (STC Exp. N° 010-2002-AI/TC).<sup>5</sup>

Al tener reconocimiento constitucional: (i) los poderes públicos se encuentran sometidos a respetarla, (ii) no resulta necesaria la existencia de una norma legal para su observancia, y (iii) el juzgador (juez o árbitro) está facultado a utilizar control difuso sobre las normas que la vulneren.

Ahora bien: como parte del derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, las sentencias y laudos con calidad de cosa juzgada deben cumplirse (ejecutarse), pero, antes de eso, los demandantes (con el apoyo de los órganos jurisdiccionales) deben procurar que estas puedan cumplirse (Priori, 2005, p. 181). Luego de un largo y desgastante proceso, nadie quiere obtener una sentencia o un laudo a favor que no podrá ejecutar porque los medios o circunstancias ya no lo permiten. El ejemplo clásico es el del acreedor quirografario que no embargó bienes de su deudor, y que al obtener una sentencia o laudo a favor se da con la sorpresa de que su deudor ya no cuenta con bienes con los cuales pueda cobrarse.

Es aquí donde ingresa la tutela cautelar como una manifestación concreta de la tutela jurisdiccional efectiva, distinta a la tutela ejecutiva,<sup>6</sup> dirigida a garantizar anticipadamente la eficacia de un posible fallo estimatorio.

La tutela cautelar responde a diversas imperfecciones propias del proceso, tales como: (i) el tiempo que debe transcurrir entre la interposición de la demanda y el fallo con calidad de cosa juzgada, (ii) la carga procesal,<sup>7</sup> (iii) la deficiente infraestructura y recursos,<sup>8</sup> (iv) el abuso procesal de la contraparte,<sup>9</sup> y (v) la corrupción.<sup>10</sup>

5 FJ 9 de la STC Exp. N° 015-2001-AI/TC, del 29 de enero de 2004.

6 Cabe recordar que fue gracias a los estudios de Piero Calamandrei que Enrico Tullio Liebman instituyó por vez primera el carácter de *tertium genus* (tercer género) a la tutela cautelar, reconociéndola como un tipo de tutela distinta a la tutela cognitiva y a la tutela ejecutiva (estas dos últimas, parte de la tutela satisfactiva y no asegurativa-cautelar) (véase Monroy Palacios, 2002, pp. 100-101).

7 Que en los juzgados es descomunal, pero que también afecta a los arbitrajes, debido a que algunos árbitros y hasta secretarías arbitrales —institucionales o ad hoc— admiten a veces más carga de la que pueden atender.

8 Aquí sí el problema es principalmente judicial. El arbitraje normalmente cuenta con la infraestructura y recursos (dentro de ellos, los electrónicos) mínimos e indispensables, aunque hoy, al igual que el Poder Judicial, tienen un nuevo reto: potenciar su tecnología y protocolos con la finalidad de recuperar la eficiencia que lo caracteriza en tiempos del COVID-19. Las audiencias virtuales constituyen un verdadero reto.

9 El uso excesivo e irracional de mecanismos de defensa, con el único fin de dilatar el proceso.

10 Que tampoco es ajena al arbitraje. Conocidos son los casos de Orellana y Odebrecht.

### 3. Sobre las medidas cautelares

Las medidas cautelares son aquellas herramientas procesales a través de las cuales se manifiesta la tutela cautelar. En tal sentido, buscan garantizar la eficacia de la decisión definitiva, neutralizando aquellas situaciones de peligro o probable daño que pudieran materializarse en la esfera jurídica del solicitante, a raíz del tiempo que dure el proceso (Priori, 2006, p. 36).

Estas pueden ser presentadas, concedidas y ejecutadas, tanto dentro como fuera del proceso.<sup>11</sup> El caso del arbitraje es bastante particular, pues se admite que las medidas cautelares fuera del proceso (previas a la constitución del tribunal arbitral) sean otorgadas tanto por la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) como por la jurisdicción arbitral (el llamado «Árbitro de Emergencia»<sup>12</sup>).

#### i) Características

Las medidas cautelares son, por naturaleza, instrumentales (o accesorias), temporales (o provisionales) y variables. A continuación, veremos en qué consiste cada una de estas características.

- *Instrumentales*: las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, sino que nacen y permanecen al servicio del proceso. Están siempre subordinadas a un fallo definitivo, aun cuando la tutela cautelar preceda al proceso (Ledesma, 2013, pp. 490-491). Es decir, son un instrumento de otro instrumento (el proceso), por lo que Calamandrei les atribuyó una «instrumentalidad al cuadrado» (1996, p. 45). Evidencias de esta característica las encontramos en varios artículos del Código Procesal Civil, entre ellos, el 608, tercer párrafo, 630 y 636.
- *Provisionales*: «La medida cautelar no es permanente ni absoluta, ni menos se puede asociar la cosa juzgada material a ella. Eso significa que tiene una duración limitada en el tiempo porque está relacionada con el fallo definitivo. Lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo. Está vinculada con su vigencia, en cuanto está destinada a cesar tan pronto agote su función» (Ledesma, 2013, p. 487). Señalar que son solo temporales sería impreciso, pues «Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento tiene por sí mismo duración limitada [...]» (Calamandrei, 1945, p. 36).

---

11 Salvo, por ejemplo, la medida cautelar de anotación de demanda, recogida en el artículo 673 del Código Procesal Civil, que, por su naturaleza, exige que previamente exista una demanda y, por tanto, descarta la posibilidad de una medida de cautelar fuera del proceso.

12 Como alternativa a las medidas cautelares «judiciales» previas a un proceso arbitral, se creó la figura del Árbitro de Emergencia, que sirve justamente para que las partes, desde las reglas y principios que rigen al arbitraje, también puedan asegurar la eficacia de un futuro laudo estimatorio, antes de iniciado y constituido el tribunal arbitral, que resolverá el fondo de la controversia. Al menos dos de los centros arbitrales más utilizados en el Perú recogen esta institución arbitral: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP).

- *Variables o sujetas a la cláusula rebus sic stantibus*: quiere decir que las medidas cautelares pueden variar y moldearse en beneficio del correcto aseguramiento del interés que se pretende tutelar (Amprimo, 2013, p. 63). La resolución que las concede no causa estado, pues pese a quedar firme, no adquiere eficacia de cosa juzgada, lo que permite que durante su vigencia pueda sufrir modificaciones. Las veces que varíe la situación que motivó la expedición de una medida cautelar, ameritará su modificación por parte del juez (o del árbitro), con el fin de adaptar la medida al logro de su función (Ledesma, 2013, p. 493). Si bien la instrumentalidad es el pilar de las medidas cautelares, en este trabajo centramos nuestro esfuerzo en su variabilidad, y es que frente a un escenario tan extraño y cambiante como el estado de emergencia por COVID-19, ello no podría ser de otra manera. No obstante, antes de continuar con su desarrollo, debemos pronunciarnos sobre otras supuestas características de las medidas cautelares.
- *Prejuzgamiento*: para algunos autores, las medidas cautelares implican necesariamente un prejuzgamiento, es decir, una anticipación al fallo (sentencia o laudo) (Castillo Freyre, Sabroso & Chipana 2015, p. 312). Por el contrario, autores como Marianella Ledesma (2013, pp. 485-487), a nivel nacional, y María Gandía (2014, p. 127), a nivel internacional, sostienen que las medidas cautelares no implican un prejuzgamiento o que, en todo caso, no deberían suponerlo. Entonces, ¿el prejuzgamiento es o no una característica inherente a las medidas cautelares?

Considero que las medidas cautelares no implican necesariamente un prejuzgamiento, pues el análisis que se realiza es de verosimilitud y no de certeza del derecho invocado en la demanda. Si, al conceder una medida cautelar, el juez o el árbitro se limitan a dicho análisis, ellos mismos serán conscientes de que su decisión se fundamenta en una concepción reducida, es decir, una *sumaria cognitio*, justificada por la urgencia del caso.

Quizá la excepción podrían ser las medidas anticipatorias (o temporales sobre el fondo),<sup>13</sup> por obvias razones; pero incluso en estos casos podrían presentarse variantes, como el trámite que se le dé a la solicitud cautelar. Si la medida se tramita *ex parte* (es decir, con emplazamiento previo al afectado con ella), admito que podría existir un alto riesgo de prejuzgamiento, pues el árbitro<sup>14</sup> ya habría adquirido un conocimiento más o menos pleno de la materia controvertida.

---

13 No entraremos al debate de si estas medidas son asegurativas, o si, por el contrario, son autosatisfactivas (y, por tanto, no son medidas cautelares). Con suerte, ello formará parte de otro trabajo.

14 Digo árbitro y no juez, debido a que en materia judicial el trámite de las medidas cautelares es siempre sin audiencia a la parte afectada con la medida, es decir, *inaudita altera pars* (artículo 637 del Código Procesal Civil). Lo que definitivamente debería cambiar, pues no siempre el emplazamiento previo de la solicitud cautelar pone en peligro su eficacia y, por tanto, no siempre se justificará la suspensión del derecho de defensa del afectado con la medida cautelar (al respecto, véase Priori, 2005, p. 195). No obstante, «la experiencia demuestra que la parte que prevé que el laudo no le será favorable, utiliza todos los mecanismos a su alcance para dificultar y entorpecer el arbitraje e, incluso, para imposibilitar al máximo la ejecución del laudo» (Amprimo 2013: 59). Siendo así, si algún cambio normativo debe ocurrir en el Código Procesal Civil sobre el trámite que se le debe dar a las medidas cautelares, es que, en efecto, no exista una regla absoluta, pero la regla debería ser el trámite *inaudita altera pars* y la excepción debería ser el trámite *ex parte* (contrario a lo que ocurre en el arbitraje – artículo 47, numeral 3, de la Ley de Arbitraje).

Aquí sí que podríamos dar mérito a aquella teoría derivada del análisis psicológico del derecho que indica que, por diversos sesgos, el juez o árbitro que dicta una medida cautelar se verá poco propenso a luego anularla o dejarla sin efectos, criterio que reflejará en la sentencia o laudo (Drago & De la Jara, 2015, pp. 55-70).

Por el contrario, si la medida anticipatoria se tramita *inaudita altera pars*, no vemos cómo es que habría prejuzgamiento, si pese a haberse exigido un alto grado de verosimilitud, casi certeza del derecho invocado (al menos en lo judicial, a partir del artículo 674 del Código Procesal Civil), el juez o el árbitro no habrían tenido el panorama completo del pleito, pues no contaban con la posición de la parte afectada con la medida, quien ejercerá su derecho de defensa solo luego de ejecutada la medida.

- *Jurisdiccionales*: algunos autores sostienen que otra de las características de las medidas cautelares es que son jurisdiccionales (Amprimo, 2013, p. 63; Priori, 2006, p. 111). Tengo serias dudas al respecto, pues el desarrollo de la tutela cautelar ya hace tiempo que ha ampliado sus horizontes, primero al arbitraje<sup>15</sup> (incluso en aquellos países en los que no se ha necesitado calificarlo de o asimilarlo a una jurisdicción), y luego a los procedimientos administrativos. Qué duda cabe de que todo órgano jurisdiccional tiene potestad cautelar; sin embargo, esto no hace a las medidas cautelares jurisdiccionales, por la sencilla razón de que no siempre son emitidas en el marco de un proceso dirigido por un órgano jurisdiccional.

Volviendo al asunto que nos ocupa, el de la variabilidad de las medidas cautelares. Debemos tener claro que la clave se encuentra en que la resolución que la concede (y también la que la deniega) no causa estado, en el sentido de que siempre podrá ser modificada, si es que las (nuevas) circunstancias así lo exigen.

En palabras de Eugenia Ariano, «si la tutela cautelar no tiene vocación de estabilidad en el tiempo (al ser provisional), pues tampoco la tiene en relación con su contenido (al estar sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*)» (2014, p. 54). De esta forma, coincide con Ledesma en que «no se puede hablar de cosa juzgada en materia cautelar» (2014, p. 55). Siendo así, calificar a la tutela cautelar como una suerte de tutela «camaleónica», como lo hace Ariano, me parece más que pertinente.

La tutela cautelar siempre se acomodará a las circunstancias para buscar la mejor forma de asegurar la eficacia de un posible fallo estimatorio. Si determinado contexto sobreviniente a la concesión de una medida cautelar pone en peligro tal finalidad, esta tendrá que ser revisada.

Esta revisión, en lo judicial, es siempre a pedido de parte. Sin embargo, en arbitraje se admite que la revisión sea excepcionalmente de oficio, cuando se otorgan medidas cautelares fuera del proceso. Esto se debe a que el órgano jurisdiccional a cargo de la controversia (el tribunal arbitral) no es el mismo que conoció en primer término el proceso cautelar (ya sea este un juez o un árbitro de emergencia), por lo

---

15 En efecto, de acuerdo con lo sostenido por el propio Natale Amprimo, «hubo épocas (en el mundo) en las que no se reconocía la necesidad de permitir la emisión de medidas cautelares (a los árbitros) [...]» (2013, p. 63).



cual, ahora que adquirió plena competencia sobre el caso, se le permite revisar de oficio el concesorio cautelar, incluso si no ha ocurrido ningún cambio de circunstancias.

Salvo esta, la Ley de Arbitraje no cuenta con ninguna regla concreta sobre variabilidad de las medidas cautelares. Sin embargo, el Código Procesal Civil sí cuenta con el artículo 617, que señala lo siguiente:

Artículo 617.- Variación

A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variar-se ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.

Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Como se puede apreciar del dispositivo antes citado, para variar una medida cautelar previamente otorgada, el juez debe atender a las circunstancias particulares del caso. El contexto en el que se encuentre el proceso será vital para determinar si la medida cautelar se varía o no.

Tanto el solicitante como el afectado con la medida cautelar previamente otorgada pueden pedir que la varíen. Esta solicitud puede estar dirigida a modificar: *su forma, los bienes sobre los que recae, su monto o al órgano de auxilio judicial*. Debido a la naturaleza variable de las medidas cautelares y a su relación con otros derechos constitucionales como el de la propiedad, considero que este no es un listado cerrado o *numerus clausus*. Bajo mi punto de vista, podrían existir otros elementos de las medidas cautelares que podrían ser modificados; por ejemplo, la contracautela, también en su forma, monto y bienes sobre los que recae.

Nótese que aun cuando la norma no exige expresamente que debe existir un cambio de circunstancias para que la variación proceda, ello es así debido a que, de lo contrario, se estaría admitiendo revisar infinitamente una resolución judicial o arbitral, lo que no solo generaría mayores retrasos en la actividad jurisdiccional, sino también incentivaría el abuso tanto del derecho a la tutela cautelar (por parte del solicitante) como del derecho de defensa (por parte del afectado con la medida).

Siendo así, coincidimos con Priori cuando señala que «se hace necesario que el pedido de modificación de la resolución (cautelar) anteriormente dada se funde en hechos que no existían al momento de la petición o que no pudieron considerarse en la resolución que la concede, por no conocerse» (2014, p. 471).

Tal y como indica Ortells, «no puede pretenderse una nueva resolución (cautelar) aportando, simplemente, nuevos argumentos y razonamientos desarrollados sobre la base del material fáctico (alegaciones de hecho y medios de acreditamiento) antiguo [...]» (Ortells, 2000, p. 377).

Mientras existan nuevas circunstancias que evaluar, la resolución cautelar (sea que haya concedido o denegado) debe ser reevaluada. Y así lo deberá seguir siendo



en tanto continúen sobreviniendo cambios a las circunstancias originalmente consideradas por el juzgador. De no ser así, se estaría negando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a las medidas cautelares, que no es otra cosa que negar su naturaleza variable. Congelar una medida cautelar puede generar situaciones inconstitucionales, lesionando gravemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tanto del demandante como del demandado (Priori, 2014, pp. 473-474).

Del demandante, porque puede darse el caso de que el cambio de circunstancias haga que la medida otorgada sea insuficiente para garantizar la eficacia de un futuro fallo favorable; o, en caso no haya sido otorgada, sino denegada, que ahora sí corresponda su otorgamiento. Y, por el lado del demandado, porque podría ser que el cambio de circunstancias haga que la medida otorgada sea totalmente excesiva (si se quiere, haciendo un símil con la excesiva onerosidad de la prestación, podríamos hablar aquí de una «excesiva gravosidad sobrevinida de la medida cautelar»); o, incluso, podría darse el caso de que la medida cautelar ya no se justifique en lo absoluto, debiendo ser cancelada sin mayor reemplazo o modificación.

## ii) Requisitos

En materia judicial, de acuerdo con los artículos 610 y 611 del Código Procesal Civil, los requisitos de las medidas cautelares son cuatro: (i) la verosimilitud en el derecho, (ii) el peligro en la demora, (iii) la adecuación, y (iv) la contracautela. A continuación, estudiaremos brevemente cada uno de ellos.

La *verosimilitud* en el derecho exige que el solicitante de la medida cautelar pruebe, al menos en apariencia, que es titular del derecho invocado. Al tratarse de un proceso sumario, la actividad probatoria será únicamente con medios probatorios de actuación inmediata (principalmente, prueba documental). No obstante, como veremos más adelante, existen casos en los que se exige un mayor grado de verosimilitud.

El *peligro en la demora* es aquel riesgo de sufrir un daño o que el daño sufrido se reitere o agrave con ocasión de la duración del proceso. Al igual que en materia de responsabilidad civil, se excluye el daño hipotético; esto quiere decir que el peligro, además de ser consecuencia de la duración del proceso, debe ser inminente.

Calamandrei diferenciaba dos tipos de peligro en la demora: (i) el peligro de infructuosidad, y (ii) el peligro en la tardanza de la providencia principal (1996, pp. 71-73). En este último, el riesgo se encuentra en el transcurrir propio del tiempo que supone el proceso; mientras que en el primero el temor está en que «[...] durante el transcurso del proceso desaparezcan los medios aptos para hacer que la sentencia sea eficaz. El riesgo de daño está dado en este caso por la posible desaparición de los medios necesarios para que la sentencia a dictarse sea efectiva» (Priori, 2006, p. 50).

Este daño no necesariamente debe ser irreparable. Ello se exige solo de forma excepcional, para el caso de las medidas innovativas (artículo 682 del Código Procesal Civil) y de no innovar (artículo 687 del mismo cuerpo normativo). E incluso esta excepción está acotada, pues no aplica para los procesos contencioso-administrativos.

La *adecuación* significa que el petitorio cautelar debe ser congruente y proporcional con el petitorio de la demanda. Se trata entonces de una manifestación más de la característica de instrumentalidad antes estudiada.

Finalmente, la *contracautela*, que no es un requisito para la concesión de una medida cautelar, sino para su ejecución, pues se trata de una garantía cuya finalidad es asegurar la indemnización de los posibles daños que la ejecución de la medida cautelar pueda causar al afectado con esta (Reggiardo, 2015, p. 216).

A diferencia del Código Procesal Civil, la Ley de Arbitraje no regula qué presupuestos específicos son necesarios para la concesión y posterior ejecución de las medidas cautelares. No obstante, la Ley Modelo UNCITRAL señala lo siguiente:

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar *es probable que se produzca algún daño*, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una *posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere*. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno. (Cursivas nuestras)

Resulta evidente que aquí se está haciendo alusión a lo que conocemos como verosimilitud en el derecho («posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere») y peligro en la demora («es probable que se produzca algún daño»). De esta manera, no habría problemas con utilizar estos presupuestos en el arbitraje doméstico peruano, sea tomándolos prestados del Código Procesal Civil (y no aplicándolos supletoriamente), o aplicando *soft law* en materia arbitral, lo que es perfectamente posible, según nuestra Ley de Arbitraje.

¿Serán estos dos presupuestos suficientes para las medidas cautelares en el arbitraje? Consideramos que no. Pese a que las reglas del Código Procesal Civil no resultan aplicables al arbitraje, el requisito de la adecuación debe ser utilizado, pues por más autónomo que sea el arbitraje, no existe problema con que se puedan transpolar reglas procesales, siempre que resulten eficientes.

Sin adecuación, caeríamos en el absurdo de admitir que, por ejemplo, se trabe una medida de embargo para garantizar la eficacia de un laudo que se limitará a verificar la validez de un acuerdo societario (congruencia); o que se afecten varios bienes del deudor, cuando solo uno de estos es suficiente para garantizar la deuda, yendo así en contra del principio de mínima injerencia (razonabilidad).

En la misma línea, si bien la Ley de Arbitraje no exige que se ofrezca contracautela, esta debe ser exigida, pero no para la concesión de las medidas cautelares (como erradamente ocurre con el Código Procesal Civil), sino para su ejecución. Como sabemos, toda medida cautelar supone una afectación y el tribunal arbitral debe velar por que el solicitante garantice la reparación de aquellos daños que genere la ejecución de la medida cautelar que le fuera concedida, en caso el laudo le sea desfavorable.

### **iii) Tipos**

De acuerdo con Eugenia Ariano, existen tres tipos de sistemas cautelares: (i) sistema totalmente atípico, (ii) sistema totalmente típico, y (iii) sistema típico moderado o mixto.

El sistema cautelar totalmente atípico es aquel que tiene normas que regulan los requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares, pero adolece de normas que determinen el contenido de las medidas cautelares, dejando a discreción del juzgador establecer el contenido de las medidas cautelares en cada caso concreto (Ariano, 2014, p. 258). Este no es el caso del sistema cautelar recogido por el Código Procesal Civil; sin embargo, sí podría ser el de la Ley de Arbitraje. Recordemos que en esta no se desarrolla el contenido ni reglas concretas de cada una de las medidas cautelares pasibles de ser otorgadas por un tribunal arbitral. Es más: ni siquiera se recogen los requisitos generales de procedencia de estas medidas. Tampoco se aplican, al menos no de forma supletoria, las reglas recogidas en el Código Procesal Civil. Aunque, ante la ausencia de reglas procesales pactadas por las partes, el tribunal arbitral podría utilizar las que resulten útiles y apropiadas a las circunstancias del caso (artículo 34, numeral 1, de la Ley de Arbitraje), ya sean las del Código Procesal Civil o, mejor aún, las de la Ley Modelo Uncitral, que finalmente es la base de nuestra Ley de Arbitraje.

Por el contrario, el sistema cautelar totalmente típico es aquel que tiene un procedimiento cautelar único y contiene normas que determinan el contenido de cada medida cautelar que puede dictar el juzgador. No basta que las medidas cautelares tengan un nombre, sino que además deben tener identificado un contenido explícito. Deben poder responder a las siguientes preguntas: ¿qué situación jurídica sustancial pretende tutelar?, ¿qué peligro pretende neutralizar? (Ariano, 2014, pp. 258-260).

Ningún sistema absoluto es perfecto. El sistema totalmente atípico tiene como principal crítica el gran poder de discrecionalidad que se le otorga a los juzgadores, lo que puede terminar siendo un peligro si estos no se conducen con independencia e imparcialidad.

Por su parte, el sistema totalmente típico tiene como principal crítica el hecho de que la realidad es mucho más rica que la imaginación del legislador. Es decir, en la práctica, se presentarán situaciones que requieran de tutela cautelar y que, al no estar expresamente previstas en la ley, el juzgador estará impedido de conceder tutela o, en el mejor de los casos, de dictar la medida cautelar idónea (Ariano, 2014, p. 261).

Para no asumir ninguno de estos riesgos, existe un tercer sistema cautelar, el sistema típico moderado o mixto, que es el que, a mi criterio, recoge nuestro Có-

digo Procesal Civil. Este sistema se caracteriza por tener un procedimiento cautelar único (definido del artículo 635 al artículo 641 del Código Procesal Civil) y normas generales y abstractas que determinan el contenido de las medidas cautelares que el juzgador puede otorgar (artículos 608 al 634 del Código Procesal Civil), que en principio están listadas (capítulo II, «Medidas cautelares específicas» – artículos 642 al 687 del Código Procesal Civil), pero se recoge también un cajón de sastre, que faculta al juzgador a dictar una medida cautelar atípica en caso las previstas en la norma no sean idóneas para tutelar el derecho controvertido (artículo 629 del Código Procesal Civil). De esta manera, discrepo con Eugenia Ariano, quien sostiene que el sistema cautelar peruano recogido en el Código Procesal Civil es totalmente atípico (2014, p. 262).

Las medidas cautelares pueden ser de diversos tipos. En doctrina, se las suele clasificar según cómo opera la instrumentalidad (clasificación propuesta por Calamandrei), en medidas para futura ejecución forzada, medidas anticipadas, entre otras; y, según los efectos que producen (clasificación propuesta por Carnelutti), en medidas conservativas (o de no innovar) y medidas innovativas.

El Código Procesal Civil regula cuatro tipos de medidas cautelares típicas y una atípica:

- Medida cautelar para futura ejecución forzada: (i) embargo, (ii) secuestro, y (iii) anotación de la demanda.
- Medida temporal sobre el fondo o «medida anticipada».
- Medida cautelar de no innovar.
- Medida cautelar innovativa.
- Medida cautelar genérica (atípica).

Como se puede apreciar, esta clasificación es totalmente ecléctica, pues combina sin mayor reparo las clasificaciones de Calamandrei y Carnelutti. Como consecuencia de ello, tenemos en nuestra legislación procesal diversas medidas cautelares que califican en más de uno de los tipos antes listados. Por ejemplo, es el caso de la medida cautelar de embargo, que es una medida cautelar para futura ejecución forzada, pues individualiza bienes para posterior remate; pero también es una medida de no innovar o conservativa, pues pretende que la situación patrimonial del deudor no varíe y, si lo hace, que ello no sea oponible al solicitante (la afectación patrimonial persigue al bien).

Más adelante, cuando entremos a analizar los posibles escenarios de variación que se darán por el estado de emergencia, estudiaremos los subtipos de medidas cautelares, como por ejemplo el embargo en forma de retención o el embargo en forma de inscripción.

Por su parte, en el ámbito arbitral, la finalidad y el uso de las medidas cautelares no se limita a lo antes estudiado. Ello se puede apreciar en el artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL, de donde se desprende que las medidas cautelares no solo buscan asegurar la eficacia de la decisión final (laudo), sino además proteger medios de

prueba<sup>16</sup> e incluso el proceso mismo. Esta tendencia ha sido recogida por la Ley de Arbitraje, en su artículo 47, numeral 2, literal 'd':

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Fuera de esta diferencia, la clasificación es similar, es decir, ecléctica. El literal 'a' antes citado recoge claramente las medidas cautelares innovativas, mientras que el literal 'b' toma las medidas cautelares de no innovar o conservativas. Finalmente, el literal 'c' adopta las medidas para futura ejecución forzada. De esta forma, no se encuentran expresamente recogidas en la Ley de Arbitraje las medidas temporales sobre el fondo o anticipativas, ni la medida cautelar genérica (atípica). ¿Esto quiere decir que estas no pueden ser otorgadas en la vía arbitral? Consideramos que no necesariamente. Primero, porque la Ley de Arbitraje recoge en su totalidad la clasificación de medidas cautelares en función de los efectos que produce (innovativas y de no innovar). Ello debería ser suficiente para dictar cualquier otro tipo o subtipo de medida cautelar, sin importar a qué sistema de clasificación responda, pues toda medida cautelar, o va a procurar mantener el *status quo* (ser conservativa), o va a pretender alterarlo (ser innovativa), para asegurar que la decisión final goce de eficacia en caso sea estimatoria. Y, segundo, porque el no haber recogido subtipos de medidas cautelares, por ejemplo, subtipos de medidas para futura ejecución forzada, hace innecesario contar con una medida cautelar genérica (atípica), pues cualquiera debería poder calzar dentro de las categorías generales recogidas por dicho dispositivo normativo.

---

16 En los procesos judiciales se le denomina «prueba anticipada», figura recogida en el artículo 284 y siguientes del Código Procesal Civil. A diferencia del arbitraje, en el ámbito judicial, estas medidas no son consideradas cautelares, ni tienen el trámite de estas, sino que por el contrario, constituyen un proceso autónomo, de naturaleza «no contenciosa».

#### 4. ¿Qué está ocurriendo con las prisiones preventivas?

Aunque los asuntos penales no son mi especialidad, he querido dedicar un espacio en este trabajo a lo que está sucediendo con las prisiones preventivas durante el estado de emergencia por COVID-19, debido a que es este el ámbito en el que, al menos de momento,<sup>17</sup> la cláusula *rebus sic stantibus* está operando en todo su esplendor.

La prisión preventiva es un tipo de medida cautelar de naturaleza procesal penal y de carácter excepcional (última *ratio*), una medida de coerción personal que permite encarcelar al imputado mientras se desarrollan las investigaciones, asegurando así la eficacia de una eventual sentencia condenatoria.

Sus requisitos están regulados en el artículo 268 del Código Procesal Penal: (i) la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar de forma razonable que el imputado cometió un delito como autor o partícipe; (ii) la sanción a imponerse debe ser superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y, (iii) debe existir peligro procesal, ya sea de fuga o de obstaculización.

No obstante, estos no serían los únicos requisitos, pues la Casación N°626-2013-Moquegua dispuso dos requisitos adicionales: (iv) la realización de un *test* de proporcionalidad, y (v) la fijación de un plazo para la prisión preventiva.

Sabido es que en el Perú existe un excesivo número de procesados (internos sin sentencia firme). Esto se debe en gran medida al abuso que ha habido respecto del uso de la prisión preventiva. Para enero de 2019, el Boletín Estadístico Institucional 2019 del Ministerio de Justicia daba cuenta de que el 39,36 % de internos no habían sido sentenciados.

El estado de emergencia, además de obligarnos a quedarnos en casa y suspender varias actividades económicas, ha implicado el cierre temporal de fronteras, así como la suspensión del transporte interprovincial.

Esto ha llevado a un gran número de procesados con prisión preventiva a presentar solicitudes de cese de prisión preventiva, que no es otra cosa que un pedido de variación de medida cautelar. Se solicita así al juez penal una revisión o reexamen de los elementos de la medida cautelar anteriormente dictada. En este caso, se trata de reevaluar el requisito del peligro de fuga, para levantar la prisión preventiva y otorgar otra medida, como el arresto domiciliario, la comparecencia con restricciones, el impedimento de salida del país e incluso la vigilancia electrónica (grillete electrónico).

En efecto, todo parece indicar que, en lo que dure el estado de emergencia, concretamente, las medidas de cierre temporal de fronteras y suspensión del transporte interprovincial, no existe riesgo procesal en permitir que los imputados continúen el proceso en libertad, pues, en cualquier caso, tendrán que cumplir con la cuarentena social obligatoria. Esto quiere decir que podrán acreditar arraigo, que, de acuerdo con el artículo 269 del Código Procesal Penal, es uno de los criterios para determinar la probabilidad de fuga del imputado (Palao, 2020; Nakazaki, 2020).

Pero el peligro de fuga no sería el único elemento de la prisión preventiva a reexaminar con ocasión del estado de emergencia por COVID-19, pues también está

---

17 Este trabajo fue elaborado el 8 de junio de 2020.

el hecho de que el hacinamiento que existe en la gran mayoría<sup>18</sup> de penales del Perú coloca en riesgo la salud y la vida de los procesados. En tal sentido, en muchos casos esta ya no resulta una medida proporcional (razonable), peor aún si, como hemos dicho, existen otras mucho menos gravosas que podrían tener el mismo efecto, al menos durante el estado de emergencia.

La manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus* en esta materia ha sido tal, que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha instado a los jueces penales a revisar la situación de las personas que se encuentran con prisión preventiva, con el fin de reexaminar tal medida y ver si corresponde variarla por otra menos gravosa.<sup>19</sup> En otras palabras, debido a las circunstancias actuales, totalmente distintas a las que había cuando se dictaron tales medidas de prisión preventiva, los jueces penales revisarán de oficio sus propias medidas cautelares. A diferencia de los ámbitos civil y comercial, donde esto resultaría impensado y hasta inconstitucional, en el proceso penal esta práctica es totalmente legal, de acuerdo con el artículo 255 del Código Procesal Penal.

## **5. ¿Por qué este fenómeno aún no afecta a otros procesos, como los civiles y comerciales?**

Como veremos a continuación, esto se debe a que los procesos civiles y comerciales han estado en su gran mayoría suspendidos, a diferencia de los procesos penales, que se han visto mucho más activos durante el estado de emergencia.

### **i) Procesos judiciales**

El Decreto de Urgencia N° 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020, en el marco del estado de emergencia, estableció que el Poder Judicial y los organismos constitucionales autónomos disponen la suspensión de los plazos procesales y procedimentales que consideren necesarios con el fin de no perjudicar a los ciudadanos, así como las funciones que dichas entidades ejercen.

En ese sentido, a través de la Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ, de fecha 16 de marzo de 2020, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso lo siguiente: (i) suspender las laborales del Poder Judicial por el plazo de 15 días calendario; (ii) suspender los plazos procesales y administrativos, por 15 días calendario; (iii)

---

18 Es importante señalar que no es la realidad de todos los centros de reclusión. Justamente esta fue la principal razón por la cual se le ha negado recientemente a Alberto Fujimori un nuevo hábeas corpus, luego de que alegara que se estaba poniendo en peligro su salud y vida al estar recluso en el Establecimiento Penitenciario «Barbadillo» en tiempos del COVID-19 (véase Resolución N° 3, Sentencia, de fecha 28 de mayo de 2020, dictada en el Expediente N° 02845-2020).

19 Resolución Administrativa N° 118-2020-CE-PJ, de fecha 11 de abril de 2020, precisada por la Resolución Administrativa N° 120-2020-CE-PJ, de fecha 17 de abril de 2020. Como antecedente relevante a esta decisión, tenemos que el 31 de marzo de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un extenso comunicado pidiendo reevaluar los casos de prisión preventiva para evitar contagios de COVID-19 en los centros penitenciarios.



mantener el funcionamiento de determinados órganos de la Corte Suprema, para atender asuntos urgentes de carácter penal (la Sala Penal Transitoria, la Sala Penal Especial y el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria); (iv) autorizar a los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional designar los órganos jurisdiccionales y administrativos indispensables en el período de emergencia. En lo relativo a asuntos no penales, se indicó que se debía designar al menos un juez para atender asuntos de violencia familiar, medidas cautelares, admisión y medidas cautelares en proceso de amparo, consignación y endosos en alimentos; y otros casos de urgente atención; al igual que al menos una sala mixta que conozca de las apelaciones de estos casos.

De esta manera, el 18 de marzo de 2020, a través de la Resolución N° 000135-2020-P-CSJLI-PJ, la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima identificó cuáles serían los órganos específicos que atenderían las materias urgentes durante el estado de emergencia y proporcionó a los justiciables los correos electrónicos de cada uno de estos para la presentación de escritos vía electrónica.

El 30 de marzo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 117-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso prorrogar la suspensión de las labores del Poder Judicial, así como los plazos procesales y administrativos, por el término de 13 días calendario.

El 31 de marzo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000051-2020-P-CE-PJ, la Presidencia del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial precisó que la suspensión de plazos procesales no afecta la programación y realización de calificación de recursos de casación, que deberán ser atendidos por la Sala Suprema respectiva.

El 6 de abril de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000053-2020-P-CE-PJ, la Presidencia del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial autorizó a los presidentes de la Cortes Superiores de Justicia en los que se tramiten procesos con Expediente Judicial Electrónico (EJE), que dispongan las medidas necesarias para tramitar de forma remota dichos casos, sin que ello suponga levantar la suspensión de plazos procesales para tales procesos.

El 11 de abril de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000118-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso prorrogar nuevamente la suspensión de las laborales del Poder Judicial, así como los plazos procesales y administrativos. Además, como adelantamos, se dispuso que los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país exhorten a los jueces penales para que revisen, incluso de oficio, la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados de libertad, con el fin de evaluar modificaciones en su condición jurídica (en el caso de los procesados con prisión preventiva, variar o simplemente levantar dicha medida cautelar).

En la misma fecha, a través de la Resolución Corrida N° 000004-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial autorizó a los jueces que no integren órganos jurisdiccionales de emergencia a que durante el estado de emergencia puedan retirar los expedientes de sus respectivos despachos, con la finalidad de avanzar el trabajo desde sus domicilios.

El 15 de abril de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000119-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso ampliar las competencias de los órganos jurisdiccionales de emergencia, todas estas referidas a materias penales.



El 22 de abril de 2020 se publicó la Resolución Administrativa N° 000055-2020-P-CE-PJ, a través de la cual la Presidencia del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el proyecto «Digitalización de Expedientes de la Corte Suprema de Justicia de la República e Implementación de Trabajo Remoto ante la Emergencia por COVID-19».

El 24 de abril de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000123-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial autorizó el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada «Google Hangouts Meet» para las comunicaciones de abogados y litigantes con los jueces y/o administradores de los módulos básicos de justicia y módulos corporativos.

El 26 de abril de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000127-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial habilitó a los jueces de paz a que en el período del estado de emergencia continúen con la función notarial en el ámbito de su competencia territorial, conforme a ley y en los casos urgente que se presenten.

El 27 de abril de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000129-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el Protocolo denominado «Medidas de Reactivación de los Órganos Jurisdiccionales y Administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del Aislamiento Social Obligatorio establecido por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y prorrogado por los Decretos Supremos N° 051 y 064-2020-PCM».

El 7 de mayo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000133-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó la propuesta denominada «Proyecto de Mesa de Partes Electrónicas y Digitalización de Expedientes Físicos», por el cual la presentación de escritos en los expedientes físicos (no EJE – Expediente Judicial Electrónico<sup>20</sup>) también será, aunque de forma temporal, a través de la Mesa de Partes Electrónica, pero sin necesidad de contar con una firma digital o electrónica.

En la misma fecha, a través de las Resoluciones Administrativas N° 000135-2020-CE-PJ, 000136-2020-CE-PJ y 000137-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó las propuestas denominadas «Proyecto de Elevación de Procesos no-EJE a la Corte Suprema de Justicia de la República», «Proyecto de Implementación del Expediente Judicial Electrónico-EJE a la Oralidad Civil» y «Facilidad de Acceso a la Información Pública y Virtud de los Procesos Judiciales»,<sup>21</sup> respectivamente.

El 16 de mayo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000146-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial modificó el Protocolo denominado «Medidas de Reactivación de los Órganos Jurisdiccionales y Administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del Aislamiento Social Obligatorio establecido por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y prorrogado por los Decretos Supremos N° 051 y 064-2020-PCM».

El 21 de mayo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000152-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el «Plan de

---

20 Aquellos procesos comerciales tramitados desde el 2019, de acuerdo con la Resolución Administrativa N° 000053-2020-P-CE-PJ.

21 A través de este último, se dispone que todas las resoluciones judiciales, sin excepción, cualquiera sea la especialidad o materia, serán notificadas en las respectivas casillas electrónicas, sin perjuicio de la forma que expresamente señale la ley.

Actividades de la Comisión de Trabajo del Expediente Judicial Electrónico (EJE) para el Período 2020».

El 23 de mayo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000156-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial estableció la validez de los actos procesales que por acceso remoto realizan los órganos jurisdiccionales distintos a los de emergencia; y, solo por excepción, los que realizan de forma física.

Finalmente, el 25 de mayo de 2020, a través de la Resolución Administrativa N° 000157-2020-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial prorrogó nuevamente la suspensión de laborales del Poder Judicial, así como los plazos procesales y administrativos, hasta el 30 de junio de 2020. Se indicó que los órganos jurisdiccionales de emergencia continuarían funciones hasta dicha fecha. No obstante, se dispuso el inicio del plan de reactivación antes mencionado. Este cuenta con tres fases. La primera fase, del 17 de junio de 2020 al 30 de junio de 2020. Si bien los plazos continuarán suspendidos, se establecerán medidas para la descarga procesal y programación de audiencias. La segunda fase, desde 1 de julio de 2020 al 16 de julio de 2020, ya con los plazos corriendo normalmente, admite la presentación de escritos con vencimiento de plazo y otros que resulten urgentes. Por último, la tercera fase, que considera que las audiencias, tanto penales como no penales, deben iniciarse a partir del 17 de julio de 2020, de forma remota y, excepcionalmente, en forma presencial.

Luego de este recuento de las principales medidas adoptadas por el Poder Judicial durante el estado de emergencia, podemos observar cómo es que los procesos que son de nuestro interés, los civiles y comerciales, al igual que los contencioso-administrativos, aún se encuentran inactivos. Más allá de que algunos jueces especializados en estas materias puedan estar avanzando con su carga procesal de forma remota, sea el expediente EJE o no-EJE, lo cierto es que los plazos procesales y administrativos aún se encuentran suspendidos, y que todavía no es posible atender pedidos como los de variación de medidas cautelares en materias distintas a las de los juzgados de emergencia, ni sostener audiencias. De acuerdo con el plan de reactivación antes mencionado, esto parece que será posible solo dentro de la fase 2, es decir, a partir del 1 de julio de 2020, y siempre que tal variación sea considerada de suma urgencia.

En resumen, el Sistema de Justicia Nacional empezará a reactivarse el 17 de junio de 2020. Dentro de los primeros 14 días los plazos procesales y administrativos seguirán suspendidos, y no habrá atención a los justiciables. Solo al término de estos primeros 14 días se habilitará la Mesa de Partes Electrónica, únicamente para recibir escritos con vencimiento de plazo o considerados urgentes, sea expediente EJE o no-EJE. Las audiencias se reprogramarán desde el 1 de julio de 2020 y se inician desde el 17 de julio del mismo año. Esto explica cómo es que los pedidos de variación de medida cautelar en materia civil o comercial aún no se han vuelto tendencia a pesar del gran cambio de circunstancias originado por el estado de emergencia por COVID-19, y a diferencia del ámbito penal, en el que sí se han presentado un gran número de solicitudes en ese sentido.

## **ii) Procesos arbitrales**

En los arbitrajes domésticos la situación es muy similar, debido a que los principales centros de arbitraje (CCL y PUCP) optaron por dejar la continuidad de los arbitrajes en mano de las partes, en vez de supeditar ello a la decisión del tribunal arbitral, como viene ocurriendo en los arbitrajes administrados por centros internacionales. No obstante, es de rescatar la decisión adoptada por AMCHAM en el arbitraje doméstico, pues aquí la regla fue la continuación de las actuaciones arbitrales de manera remota y la excepción fue la suspensión de estas.

¿Qué razones justificarían que se hayan suspendido los plazos procesales en los arbitrajes domésticos? Debido a los recursos tecnológicos con los que suele contar el arbitraje, y además la flexibilidad que lo caracteriza, es muy difícil pensar en algún supuesto que justifique no continuar con el arbitraje durante el estado de emergencia.

Que una parte en un arbitraje, o sus abogados, no tengan, por ejemplo, acceso a internet o una computadora en casa, es sencillamente insólito.

## **6. ¿Qué supuestos de variación de medidas cautelares en materia civil o comercial se podrían dar en el contexto actual?**

### **i) Variación por tipo de medida cautelar: embargo en forma de retención por embargo en forma de inscripción**

El estado de emergencia está arrastrando una grave crisis económica, por lo que la liquidez o flujo de caja resulta vital para la supervivencia de muchas compañías.

Como vimos anteriormente, un tipo de medida cautelar son las de futura ejecución forzada. Esta tiene subtipos, como el embargo, el secuestro y la anotación de demanda.

El embargo es la afectación jurídica y patrimonial, hasta por determinado monto, de un bien o derecho del deudor para garantizar el cumplimiento de la obligación demandada (artículo 642 del Código Procesal Civil).

El embargo puede a su vez adoptar diversas formas: (i) embargo en forma de depósito (artículos 649 y 650 del Código Procesal Civil), (ii) embargo en forma de inscripción (artículo 656 del Código Procesal Civil), (iii) embargo en forma de retención (artículos 657 al 660 del Código Procesal Civil), y (iv) embargo en forma de intervención (artículos 661 al 672 del Código Procesal Civil).

El embargo en forma de retención puede recaer sobre cuentas bancarias, lo que claramente afecta la liquidez de una compañía, pues el banco se ve impedido de permitirle al deudor retirar el monto embargado; de lo contrario, sería sancionado con el doble pago (artículo 660 del Código Procesal Civil), al menos en sede judicial.

En las circunstancias actuales, en determinados casos, esta medida cautelar puede haberse vuelto *excesivamente gravosa*, razón por la cual, con la intención de darle un respiro económico al afectado con la medida cautelar, el juzgador podría aceptar variarla por otra que garantice en igual medida la eficacia de un eventual fallo favorable, pero que no resulte tan gravosa para el afectado con la medida.

Por ejemplo, una alternativa en estos casos podría ser afectar algún inmueble o vehículo con un embargo en forma de inscripción. Siempre que el afectado con la medida cautelar no se dedique a la comercialización de estos bienes, esta modificación debería resultar favorable a sus intereses.

Como vemos, esta modificación en el tipo de embargo solo resulta posible gracias a que las medidas cautelares no generan estado, al estar sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Mientras las circunstancias en las que las medidas cautelares fueron solicitadas y concedidas hayan variado, y de seguro en muchos casos ha ocurrido ello con ocasión del estado de emergencia, el juzgador estará habilitado a efectuar un reexamen.

## **ii) Variación en los requisitos de las medidas cautelares: variación en el monto de la contracautela**

Otro posible escenario de variación podría ser el de las medidas cautelares de no innovar que suspenden los efectos de los actos resolutorios de alguna de las partes, por ejemplo, en un contrato EPC (*Engineering, Procurement and Construction*). Frente al incumplimiento de su contraparte, el contratista ya quiere dejar la obra; no obstante, su comitente se lo impide, gracias a una medida cautelar. Hasta que no se resuelva la validez del acto resolutorio practicado por el contratista, este último deberá permanecer en obra, con los costos que ello implica.

¿Qué ocurre entonces cuando un evento extraordinario, imprevisible e irresistible como el estado de emergencia aparece? ¿Acaso al fijar la contracautela el juzgador tuvo en cuenta los cerca de tres meses que tanto el sector construcción como los arbitrajes domésticos (en su mayoría) estuvieron parados? ¿Este cambio de circunstancias no eleva acaso el monto de los posibles daños que podría sufrir el contratista, en caso el laudo le fuera favorable? ¿No debería traducirse este impacto económico en un incremento de la contracautela? Por supuesto que sí. Esta sería otra manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus* por el estado de emergencia.

Sobre medidas de no innovar que suspenden los efectos de actos resolutorios puede ocurrir también lo contrario, que el comitente sea quien resuelve y el contratista quien no está dispuesto a dejar la obra.

Este último escenario es particularmente sensible en aquellos casos en los que la obra es un hospital, más aún en esta época de crisis sanitaria. En el Perú actualmente hay hospitales con grandes retrasos en su construcción, donde los contratistas han obtenido medidas cautelares que suspenden los efectos de cualquier acto resolutorio hasta que no se resuelvan sus pedidos de ampliación de plazo de forma definitiva por un juez o árbitro.

Esto resulta preocupante. Mientras más tiempo se impida al comitente buscar a otro contratista que retome la obra sin retrasos, más tiempo sufrirá la población debido a la escasez de infraestructura hospitalaria.

Si bien resulta difícil encontrar otra medida cautelar igualmente satisfactoria para el solicitante (contratista), pero menos gravosa para el afectado (comitente, y si es el Estado, indirectamente además la población en general), considero que en estos

casos también se debería poder variar el monto de la contracautela, pues en épocas de pandemia los daños que estos retrasos pueden generar son mucho más graves. La población —y, por tanto, el Estado— hoy necesitan de la mayor cantidad posible de hospitales operativos.

Si jurídicamente no se pueden evitar este tipo de medidas, al menos se debería buscar la forma de desincentivarlas a través de este mecanismo (el aumento de la contracautela).

### **iii) Variación en el órgano de auxilio judicial**

Imaginemos que estamos frente a un caso en el que, frente al incumplimiento de una de las partes, se dictó y ejecutó en su contra un embargo en forma de intervención. Esta forma especial de embargo afecta los ingresos propios de una persona natural o jurídica, y requiere de la designación de uno o más interventores recaudadores, quienes serán los encargados de recaudar los ingresos.

De acuerdo con el artículo 662 del Código Procesal Civil, el interventor recaudador es un órgano de auxilio judicial con diversas funciones como, por ejemplo, llevar el control de los ingresos y egresos de la compañía.

¿Qué ocurre si el interventor recaudador se encuentra en el extranjero, sin poder volver al Perú por el cierre de nuestras fronteras, y la compañía afectada con esta medida ya ha reactivado sus operaciones o lo hará muy pronto? ¿Cómo podría cumplir con su función sin estar presente en el negocio? Salvo que se trate de un profesional muy sofisticado, requerirá estar allí de forma presencial. El no poder hacerlo, claramente perjudica al solicitante de la medida cautelar.

En una situación incluso más extrema, ¿qué sucede si el interventor recaudador fallece por COVID-19?

En ambos casos será necesario sustituirlo por otra persona, a partir de que las circunstancias en las que se dictó la medida cautelar variaron. Como hemos visto, esta es otra forma de variar una medida cautelar, que no dudo será muy requerida durante el estado de emergencia y, en general, durante la pandemia. Este tipo de impedimentos serán una constante en varias medidas cautelares que requieren de un órgano de auxilio judicial.

## **7. Consideraciones finales**

Tal y como ocurre en los contratos, en materia cautelar la cláusula *rebus sic stantibus* resulta fundamental para resolver los problemas que surgen a partir del estado de emergencia por COVID-19.

Si bien de momento los cambios han ocurrido en el ámbito penal, pronto, una vez se reanuden las actividades judiciales y arbitrales con normalidad en materia civil y comercial, seguramente se presentarán muchas solicitudes de variación de medidas cautelares, sea para cambiar su forma, monto, los bienes sobre los que recae, el órgano de auxilio judicial, entre otros elementos como el monto de la contracautela.

En lo que respecta a arbitrajes, si un tribunal arbitral recibe en este contexto una medida cautelar concedida fuera de proceso, tendrá la justificación perfecta para efectuar su reexamen de oficio, tal y como lo permite la Ley de Arbitraje.

## Referencias

- Amprimo, Natale (2013). La tutela cautelar arbitral. *Ius et Praxis*, N.º 44. Lima.
- Ariano, Eugenia (2014). Estudios sobre la tutela cautelar. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Lima.
- Calamandrei, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Calamandrei, Piero (1996). *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires: El Foro.
- Castillo, Mario, Sabroso, Rita, Castro, Laura, & Chipana, Jhoel (2015). Las medidas cautelares en el arbitraje. En *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis.
- De la Puente y Lavalle, Manuel (2001). *El contrato en general: comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra.
- Drago, Mario, & De la Jara, José María (2015). La justicia intuitiva: consecuencias de la concesión de una medida cautelar. En *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis.
- Gandía, María (2014). El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. España.
- Ledesma, Marianella (2013). *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Monroy Palacios, Juan José (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad.
- Nakazaki, César (s. f.). «El coronavirus ha eliminado el peligro de fuga, las fronteras están cerradas» (declaración). Portal web LpDerecho.
- <https://lpderecho.pe/cesar-nakazaki-coronavirus-eliminado-peligro-fuga-fronteras-cerradas/?fbclid=IwAR0bnFVilGgAvcScKFEvaYY7qBjRGl5XSRINWRE3L8OMjGXOyT6zwwfakuwQ>.
- Ortells Ramos, Manuel (2000). *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley (Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Palao, Erick (s. f.). Análisis de la prisión preventiva en tiempo de COVID-19. Portal web «Pólemos». <https://polemos.pe/analisis-de-la-prision-preventiva-en-tiempos-de-covid-19/>. Revisado por última vez el 7 de junio de 2020.
- Priori, Giovanni (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, N.º 26.
- Priori, Giovanni (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites. *Ius et Veritas*, N.º 30.

Priori, Giovanni (2006). *La tutela cautelar*. Lima: Ara Editores.

Priori, Giovanni (2014). La importancia de la cláusula *rebus sic stantibus* en las resoluciones cautelares como medio para asegurar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: desarrollos actuales y perspectivas históricas*. Editorial Novum.

Reggiardo, Mario (2015). La contracautela. Cálculo del monto y caución juratoria. En *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis.





# **DERECHO DE SEGUROS**



# **Derecho de seguros y COVID-19**

*Alonso Núñez del Prado Simons*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción: los contratos y la pandemia

Frente a muchos de los problemas legales que se están presentando a causa de la cuarentena, poco antes y también después, el camino que más se usará es la llamada fuerza mayor o ‘acto de Dios’, que se aplica cuando las circunstancias cambiantes se consideran tan importantes como para anular un contrato que de otro modo sería ejecutable. En el derecho comercial, las causas de fuerza mayor suelen denominarse «cambio o también efecto adverso relevante» (EAR). Funciona de forma similar, condicionando el deber de una parte, por lo general el comprador, de cerrar un acuerdo en caso de que no ocurra un conjunto específico de contingencias. A nivel internacional, las cláusulas de EAR son práctica generalizada en los diferentes contratos; y, a diferencia de otras cláusulas repetitivas, son materia de negociación detallada, porque cuando se activan hay grandes cantidades de dinero en disputa. Por las características *sui generis* del derecho de seguros, esto no ocurre en las pólizas (contratos de adhesión).

La pandemia del COVID-19 que estamos viviendo a nivel mundial causará la muerte de una gran cantidad de personas y tendrá efectos económicos devastadores para mucha gente, en especial la más pobre. Más específicamente, afectará a las empresas y a los consumidores en muchos contratos existentes, en particular aquellos en los que el cumplimiento ocurra en un período de tiempo o se iniciará en el futuro. Resulta evidente que, para las partes contratantes, la pandemia y sus consecuencias no pudieron haber sido previstas, y que la parte que no puede cumplir con lo acordado buscará ser liberada de sus obligaciones e intentará evitar la responsabilidad por incumplimiento de contrato. En algunos casos habrá margen para negociar y hacer ajustes conforme a los contratos existentes,<sup>1</sup> pero, si no fuera así, existen dos instrumentos del derecho contractual (civil) que se podrán usar:

- a) Cláusula para eventos imprevistos en el caso de fuerza mayor; y,
- b) Las disposiciones de la ley contractual aplicable que se refieren a eventos imprevisibles que surgen después de la conclusión de un contrato. Cuando este último ni la ley aplicable permitan una solución, la falta de cumplimiento llevará a la

---

<sup>1</sup> Para los estudiosos del derecho contractual en el mundo del derecho consuetudinario, las implicaciones para la doctrina de consideración, así como impedimento promisorio, será interesante.

aplicación de las normas y la parte perjudicada estará obligada a mitigar en lo posible sus pérdidas.

La pandemia pondrá a prueba las legislaciones contractuales en todo el mundo, lo que podría provocar una revisión de las doctrinas existentes y quizá el desarrollo de nuevas normas,<sup>2</sup> limitadas a las consecuencias del COVID-19 o, eventualmente, cambios más amplios.

### **1.1. Determinación de riesgo contractual: cláusulas de fuerza mayor<sup>3</sup>**

La mayor parte de los contratos comerciales contienen cláusulas de fuerza mayor de alguna clase para afrontar los eventos que ocurran después de su conclusión y que están fuera del control de las partes. El efecto de tales eventos afectará la capacidad de los contratantes para cumplir con sus obligaciones según lo acordado, ya sea haciendo que el desempeño sea más oneroso o imposible. Las cláusulas de fuerza mayor estipulan cómo la ocurrencia de cierto evento afecta el contrato, por ejemplo, al permitir que las partes no cumplan, requiriendo ajustes de costos o la renegociación del contrato, excluyendo la resolución por incumplimiento cuando sea causado por el hecho imprevisto, o incluso llevando el contrato a su término.<sup>4</sup> Las consecuencias de invocar una cláusula de fuerza mayor pueden depender de la duración del acontecimiento que desencadena la cláusula: si tiene un efecto temporal, la ejecución del contrato podría simplemente suspenderse, pero si no se puede establecer su duración, el contrato podría ser resuelto.

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) difundió una cláusula actualizada de fuerza mayor en marzo de 2020 (una actualización de la versión anterior<sup>5</sup>) en respuesta a la pandemia,<sup>6</sup> y recomendó su uso en contratos comerciales internacionales. Aun cuando no existe una concepción uniforme de «fuerza mayor», la cláusula 2020 de la ICC la define como «la ocurrencia de un evento o circunstancia que impide que uno de los contratantes cumpla alguna de sus obligaciones contractuales».<sup>7</sup> La parte que invoca la cláusula tiene que probar que:

- a) El impedimento está fuera de su control razonable;
- b) No podría haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y,

---

2 Por ejemplo, Alemania ya ha realizado cambios específicos en COVID-19 a la Ley Introductoria del Código Civil para permitir que los consumidores y las pequeñas empresas retengan el desempeño en ciertas circunstancias. Estos cambios están programados para expirar a fines de junio de 2020 (ver artículo 240, §1 «Moratoria»).

3 Esta parte introductoria está basada en el artículo de Pistor (2020).

4 Ver, por ejemplo, la Cláusula de Fuerza Mayor 2003 de la Cámara de Comercio Internacional para una variedad de consecuencias derivada de un evento de fuerza mayor.

5 Disponible en <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/force-majeure/> [acceso: 11 de mayo de 2020].

6 Disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/> [consultado el 11 de mayo de 2020].

7 Párrafo 1 de la Cláusula de Fuerza Mayor de la ICC 2020.

- c) Que los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la parte afectada.

De hecho, las cláusulas de fuerza mayor suelen detallar los tipos de eventos que la desencadenarán a partir de hechos anteriores. Así, se incluyen los riesgos políticos o sociales, como la guerra, cierre de fronteras o rutas, huelgas y conmociones civiles, los cambios importantes en las leyes vinculadas a la transacción y desastres naturales, como inundaciones y terremotos. Para que el imprevisto pueda ser invocado tiene que aparecer en la cláusula.

En el caso del COVID-19, la cláusula de fuerza mayor tendría que mencionarla expresamente, pero si no fuera así sería posible que se invoque otro evento nombrado en la cláusula. Así, la cláusula de fuerza mayor 2003 de la ICC, que quizá sea la usada, incluye el término ‘epidemias’ en la lista de casos de fuerza mayor. Empero, como una pandemia es una epidemia de proporciones globales, la cláusula aún podría invocarse. Otro evento que podría aducirse es la suspensión prolongada del transporte<sup>8</sup> si hace imposible el cumplimiento del contrato. En algunos casos se incluye una provisión general de «cualquier otro evento que esté fuera del control de las partes», que permitiría cubrir el COVID-19.

Aunque en el Perú sea diferente, como veremos más adelante, a continuación es preciso establecer un vínculo causal entre el evento ocurrido y la capacidad de una de las partes para cumplir el contrato en los términos establecidos. Resulta necesario demostrar que el motivo por el que una parte no puede cumplir está causado por el hecho imprevisto. Por ejemplo, las reglas y restricciones de distanciamiento social podrían hacer que sea imposible ejecutar el contrato mientras estas restricciones estén vigentes. Por otro lado, el hecho de que el precio de los bienes o componentes requeridos para el cumplimiento haya cambiado podría ser insuficiente.

Así mismo, la parte que invoca la cláusula de fuerza mayor tendría que demostrar que no hay alternativas razonables disponibles para evitar que el hecho imprevisto haga imposible el cumplimiento o puedan paliarse sus efectos. Así, por ejemplo, podría ser posible comprar los bienes o componentes a un proveedor diferente.

Si se puede argumentar válidamente la fuerza mayor, entonces habrá que remitirse al resultado previsto en la cláusula. Podría solo suspender el cumplimiento sin que ninguna de las partes incurra en responsabilidad, exonerar a una de ellas de responsabilidad o poner fin al contrato. Las versiones 2003 y 2020 de la ICC limitan la exoneración del cumplimiento y la responsabilidad por incumplir al período de duración del evento.

## **1.2. Normas legales para hechos imprevistos después de la celebración del contrato**

Si un contrato no contiene una cláusula de fuerza mayor, o si la cláusula no incluye la pandemia de COVID-19, los contratantes tienen que remitirse a las normas legales que lo rigen.

---

<sup>8</sup> También se menciona en las versiones 2003 y 2020 de la cláusula de fuerza mayor de la ICC.

Como de alguna manera ya adelanté, la legislación peruana ha optado por una alternativa diferente y establecido que quien actúa con la diligencia requerida no es responsable por el no cumplimiento de la obligación o por hacerlo parcial, tardía o defectuosamente (artículo 1314 del Código Civil). La ausencia de culpa es el fundamento para la exoneración de responsabilidad. Cuando se actúa con la diligencia debida no hay responsabilidad por el incumplimiento de la obligación, o por su insuficiente cumplimiento. Entonces, la consecuencia de la ausencia de culpa resulta en que el deudor no está obligado a probar el caso fortuito o la fuerza mayor (evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable). El caso fortuito o de fuerza mayor resulta en causa no imputable. Son eventos extraordinarios, imprevisibles, irresistibles (artículo 1315 del C.C.) e independientes de la voluntad del obligado. Aunque en la doctrina hay una diferencia, los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen el mismo tratamiento en la legislación peruana. Como se sabe, el caso fortuito se refiere a los accidentes naturales o ‘actos de Dios’ (*Act of God*), y la fuerza mayor está relacionada con los actos de terceros, como los derivados de la autoridad.

El finado profesor Felipe Osterling decía:

Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual. La previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación; a diferencia de la resistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo, porque tendría objeto imposible. (Osterling, 1988)

Entonces, un acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tuvieron manera de conocerlo por anticipado. La irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento; la dificultad no exonera al deudor, aunque la prestación se haya convertido en más onerosa. En consecuencia, lo extraordinario, imprevisible e irresistible están sujetos a la discrecionalidad del juez o árbitro que tendrán que evaluarlos caso por caso.

El deudor debe probar que ha actuado con la diligencia necesaria, es decir, sin culpa, para estar exonerado de responsabilidad. Por lo general, no requiere demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. La excepción se da cuando la ley o el contrato establecen en forma expresa lo contrario, es decir, cuando indican que para que el deudor esté exonerado el evento debe constituir un caso fortuito o de fuerza mayor. El propio Osterling recuerda que esto pasaba:

en el caso previsto por el artículo 1518 del Código Civil de 1936, que atribuía responsabilidad al arrendatario por el incendio que afectaba al bien objeto de la locación-conducción, a no ser que proviniera de caso fortuito o de fuerza mayor. En este caso el arrendatario no podía exonerarse de responsabilidad probando que había actuado diligentemente, es decir, sin culpa. Tenía que demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. (Osterling, 1988)



En conclusión, el principio general es que el deudor solo debe demostrar que su conducta fue diligente, quedando así exonerado de responsabilidad, salvo que la ley o el contrato exijan la presencia del caso fortuito o de fuerza mayor. En esta última hipótesis, hay que identificar el acontecimiento que impidió que se cumpliera con la obligación y, luego, demostrar que era extraordinario, imprevisible e irresistible.

Es razonable que, si una persona emplea la «diligencia ordinaria requerida por las circunstancias», aunque no cumpla con la obligación asumida, su conducta sea considerada como excusa para el incumplimiento.

Otra figura relacionada con la situación y relevante en la ley peruana es la ‘excesiva onerosidad’ establecida en el artículo 1440 del mismo Código Civil, que fue una novedad en su momento, porque el Código anterior no la contemplaba. Con el objetivo de lograr equidad, la norma establece que si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, para que cese la excesiva onerosidad. Esta situación solo puede darse en contratos de ejecución continuada o diferida, ya que en los ya ejecutados no se presenta; tampoco es aplicable a las prestaciones ya ejecutadas, y la acción no procede cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada. La acción caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos, y una cláusula de renuncia a esta es nula.<sup>9</sup>

En Inglaterra existen reglas estrictas que permiten la resolución del contrato por incumplimiento, para permitir que las múltiples partes sepan a qué atenerse y busquen renegociar o no una solución. La doctrina de la frustración se aplica en circunstancias limitadas, cuando se produce un evento después de concluido el contrato que lo hace imposible de cumplir<sup>10</sup> (por ejemplo, debido a la pérdida de su objeto o su imposibilidad comercial), o hace que su cumplimiento sea ‘radicalmente diferente’<sup>11</sup> de lo acordado. La sola dificultad financiera no es suficiente. El evento en cuestión debe haber sido imprevisto, o incluso imprevisible,<sup>12</sup> para las partes, y ninguna debe haberlo provocado directa o indirectamente. Cuando opera la doctrina, el contrato se anula por mandato legal. El umbral de la doctrina de la frustración es alto,<sup>13</sup> y no puede salvarse si, de acuerdo con el contrato, una de las partes asumió el riesgo de que ocurra el evento, o sus consecuencias.<sup>14</sup> Empero, el COVID-19 podría ser fundamento para alegar la frustración, si el contrato no establece lo contrario.

9 Mayor información en [https://www.rodriquezvelarde.com.pe/pdf/libro2\\_parte1\\_cap10.pdf](https://www.rodriquezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte1_cap10.pdf). Consultada el 3 de mayo de 2020.

10 Taylor v Caldwell (1863) 3 B y S 826.

11 P. ej., Davis Contractors Ltd contra Fareham UDC [1956] AC 696 y The Sea Angel [2007] EWCA Civ 547.

12 Walton Harvey Ltd contra Walker y Homfrays [1931] 1 Ch 274; Amalgamated Investment and Property Co Ltd v John Walker & Sons Ltd [1977] 1 WLR 164.

13 El ángel del mar [2007] EWCA Civ 547.

14 Ver Canary Wharf v Agencia Europea de Medicamentos [2019] EWHC 335, un caso que surge de la retirada del Reino Unido de los Estados Unidos. La Agencia Europea de Medicamentos, con sede en Londres, se mudó a Ámsterdam y buscó escapar de un contrato de arrendamiento de 25 años en sus instalaciones. El juez concluyó que, si bien no era previsible la retirada de la UE en 2011, cuando se celebró el contrato de arrendamiento, las partes previeron la posibilidad de que la EMA desocupara su local temprano y haberlo previsto en el contrato de arrendamiento. En consecuencia, el contrato de arrendamiento no se había visto frustrado.

La legislación continental europea permite invocar la impracticabilidad comercial, lo que puede resultar en un ajuste judicial en vez de la resolución, debido a la fuerza mayor. La jurisprudencia ha demostrado que este camino es posible en especial durante o después de una crisis económica extrema, como las guerras mundiales, y esto puede ocurrir con la pandemia actual, ya que la adecuación judicial del contrato a las nuevas circunstancias está permitida conforme al principio general de buena fe de los códigos civiles que existen en todas las jurisdicciones continentales.

El artículo 313 del Código Civil alemán (BGB)<sup>15</sup> enfrenta las consecuencias de un cambio significativo en las circunstancias que forman la base del contrato. Si las partes no hubieran celebrado el contrato o solo, en términos diferentes, hubieran previsto este cambio, entonces se podría exigir su modificación. Esto está sujeto al requisito de que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso particular, incluida la repartición contractual de riesgos, no se mantenga el contrato aceptable para una de las partes.<sup>16</sup> Si no es posible modificar el contrato, o si no se puede esperar razonablemente que la modificación se imponga a la parte afectada, entonces esa parte puede resolver el contrato.<sup>17</sup> En la legislación francesa, el artículo 1218 del Código Civil contiene una disposición para casos de fuerza mayor por eventos fuera del control de las partes que sean imprevisibles en el momento de la celebración del contrato y que hacen su cumplimiento imposible. Si el cumplimiento aún fuera posible pero excesivamente oneroso para una de las partes, entonces esa parte podría alegar dificultades según el artículo 1195 del mismo Código. Cuando se invoca fuerza mayor, la ejecución del contrato se suspende si el evento es temporal, o se resuelve. En una situación difícil, la parte afectada puede solicitar la renegociación. Si esto es rechazado por la contraparte, ambas pueden ir a la vía judicial o resolver el contrato.

En el derecho comercial internacional, el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercancías (CISG)<sup>18</sup> exime a una parte de la responsabilidad por incumplimiento cuando «la falla se debió a un impedimento más allá de su control y [...] no se puede razonablemente pensar que hubiera podido tener en cuenta el impedimento al momento de la celebración del contrato o que lo hubiera evitado».<sup>19</sup> Esta exención tiene validez mientras dure el impedimento.<sup>20</sup> El efecto del artículo 79 CISG es que no hay responsabilidad por daños, pero la otra parte puede ejercer cualquiera de los otros derechos con respecto al incumplimiento.<sup>21</sup> En consecuencia, si el impedimento es tal que equivale a una violación fundamental,<sup>22</sup> el contrato puede ser resuelto.<sup>23</sup>

---

15 Una traducción al inglés está disponible en [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.htm](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.htm) [consultado el 13 de abril de 2020].

16 Artículo 13 (1) BGB.

17 Ver artículo 313 (3) BGB.

18 Aplicable a contratos comerciales internacionales para la venta de bienes; ratificado por 93 Estados.

19 Artículo 79 (1) CISG. Compare la definición de «fuerza mayor» en la Cláusula de Fuerza Mayor 2020 de la ICC, párrafo 1 (véase más arriba).

20 Artículo 79 (3) CISG.

21 Artículo 79 (5) CISG.

22 Como se define en el artículo 25 CISG.

23 Artículos 49 y 64 CISG.

A modo de comparación, de acuerdo con el artículo 7.1.7 de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT (UPICC), es similar al derecho peruano, y el incumplimiento de una parte está justificado si se «debió a un impedimento más allá de su control».<sup>24</sup> Esto está sujeto a la condición de que la parte que no cumple «no podría razonablemente haber tenido en cuenta el impedimento al momento de la conclusión del contrato»<sup>25</sup> o haber mitigado el impedimento o sus consecuencias. Además, el artículo 6.2.2 UPICC se ocupa de las dificultades, que se producen «cuando la ocurrencia de eventos altera fundamentalmente el equilibrio del contrato», ya sea porque el costo de ejecución ha aumentado o el valor del rendimiento proporcionado se ha reducido. El evento en cuestión:

- a) Debe haber ocurrido o darse a conocer después de la conclusión del contrato;
- b) No podría haberse tenido razonablemente en cuenta antes de la celebración del contrato;
- c) Está fuera del control de la parte que lo opone; y,
- d) Debe corresponder a algo respecto de lo cual la parte que lo argumentó no asumió el riesgo.<sup>26</sup>

Los ejemplos de estos regímenes legales muestran que hay varias características comunes, aunque existen diferencias en los detalles, y su aplicación, por supuesto, varía a la luz de la jurisprudencia. Sin embargo, para los propósitos actuales, se pueden observar una serie de características comunes comparables. El evento o impedimento:

- 1. Debe haber surgido después de la celebración del contrato.
- 2. Al menos debe haber sido imprevisto al momento de la conclusión, o era no razonablemente previsible. Hay una cierta variación en lo que se requiere con precisión: decir que el evento no se previó pone la valla más baja que decir que no era razonablemente previsible; algo puede ser previsible sin haber sido previsto.
- 3. No debe haber ninguna disposición en el contrato con respecto al evento o sus consecuencias, es decir, ninguna cláusula de fuerza mayor, ni la asignación específica de riesgo contractual de las consecuencias del evento. Si el contrato establece dicha disposición, las partes ya no pueden remitirse a las disposiciones legales para eventos imprevistos.

En el contexto del COVID-19, estos tres requisitos plantean problemas particulares. La pandemia fue declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de

---

24 Artículo 7.1.7 (1) UPICC.

25 *Ibid.* Presumiblemente, esto incluye hacer una provisión apropiada para ello en el contrato, sugiriendo el impedimento no previsto o razonablemente previsible.

26 También se pueden encontrar disposiciones similares en los Principios del Derecho contractual europeo, artículo 6: 111 (cambio de circunstancias) y artículo 8: 108 (excusa debido a un impedimento).

marzo de 2020, aunque los efectos de su propagación se podían percibir antes. En los casos de contratos celebrados unas semanas antes, puede ser difícil sostener que el evento ocurrió después de su celebración. Puede discutirse que las medidas de distanciamiento social y las restricciones de las actividades comerciales puedan separarlos, lo que no se puede argumentar respecto a contratos celebrados después de que se anunciaron tales medidas, pero podrían considerarse impedimentos relevantes respecto a los celebrados antes. Empero, el rápido desarrollo desde la aparición del virus hasta la declaración de la pandemia haría que en la práctica tales distinciones fueran limitadas.

Así mismo, la cuestión de si la pandemia y sus consecuencias fueron previstas, o razonablemente previsibles, será determinante. En definitiva, será crucial si el requisito fue previsto o era razonablemente previsible: una parte que busque confiar en la frustración, la fuerza mayor o las dificultades podrá hacerlo más fácilmente si puede demostrar que el evento fue no previsto, incluso si fuera razonablemente previsible.

Además, será esencial determinar qué es exactamente lo que debe haber sido razonablemente previsible: ¿sería suficiente que hubiera una posibilidad de una pandemia que pudiera ser seriamente disruptiva, o sería necesaria una pandemia causada por un nuevo tipo de coronavirus?; ¿propagarse rápidamente por todo el mundo era razonablemente previsible? Respecto a cualquier contrato celebrado antes de diciembre de 2019, la pandemia de COVID-19 ciertamente no estaba prevista, ni era razonablemente previsible, como, mucho menos, no lo era su impacto severo e inmediato en las actividades ordinarias. Sin embargo, es menos obvio que la posibilidad de una pandemia no fuera previsible. Hace 11 años, la pandemia de gripe porcina (gripe H1N1) afectó a muchos países de todo el mundo, aunque los peruanos fuéramos poco conscientes de esto. En los años intermedios hubo brotes de SARS y MERS que fueron contenidos. Por esa razón, la posibilidad de que una pandemia pudiera darse en algún momento no resultaría imprevisible. Las declaraciones de Bill Gates lo confirman. Sin embargo, la pregunta tendría que ser si algún tipo de pandemia durante el período del contrato no solo era previsible, sino si las partes la podían prever razonablemente. El punto aquí es que la cuestión de si el evento era previsible puede depender del grado de precisión que se requiere para identificar el evento. Un bajo nivel de precisión significaría que la ley rara vez sería de ayuda, mientras que un grado alto podría, por el contrario, hacer que sea demasiado fácil invocar la frustración o las dificultades. Por lo tanto, si bien se justificaría un grado relativamente alto, no debería ser excesivo. En consecuencia, la cuestión debería ser si el desarrollo rápido de una pandemia que requeriría medidas que causen una interrupción importante era razonablemente previsible.

La respuesta a esto probablemente sería que no fue así. Esto nos lleva a preguntar si el riesgo de interrupción importante como resultado de la pandemia fue asumido por cualquiera de las partes bajo los términos del contrato. Lo que importa aquí es si hubo una asunción de riesgo en relación con las consecuencias de la pandemia, por ejemplo, con respecto a la posibilidad de continuar las operaciones comerciales normales, la suspensión de actividades, etcétera. Si el contrato prevé esto, entonces la asignación del riesgo contractual primará y la frustración o dificultad ya no se aplica.

En resumen, para muchos contratos celebrados antes de diciembre de 2019 existe una perspectiva razonable de que las normas sobre frustración, dificultades o algo similar serán de ayuda. La dificultad puede estar en relación con las consecuencias legales derivadas de la aplicación de estas reglas. La consecuencia de la frustración en la ley inglesa es que el contrato se anula por disposición de la ley, y los ajustes bastante complejos bajo la Ley de Reforma (Contratos Frustrados) de 1943 podrían entrar en juego para los ajustes financieros. No hay margen para suspender el desempeño, la responsabilidad por incumplimiento o para brindar una oportunidad de renegociación. Según el artículo 79 (5) CISG, la parte que no puede cumplir está exenta de responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato. Por el contrario, en virtud del artículo 6.2.3 UPICC, en caso de dificultades, la renegociación sería el primer paso; y si eso fallara, un tribunal podría poner fin al contrato o modificarlo «con el fin de restablecer su equilibrio».<sup>27</sup> Si la situación cae bajo la disposición de fuerza mayor del artículo 7.1.7 UPICC, el incumplimiento se justifica, aunque la otra parte puede resolver el contrato por incumplimiento. Si la terminación inmediata es preferible a la renegociación o la variación del contrato por orden judicial, dependerá de las circunstancias de cada caso y su contexto económico.

### 1.3. La pandemia del COVID-19

Cuando nos enfrentamos a situaciones nuevas solemos buscar la solución en nuestros conocimientos anteriores, pero puede ser que estos sean insuficientes y que tengamos que buscar otras alternativas e incluso ser creativos e innovar en la interpretación y en la forma de enfrentar la realidad.

Lo que acabo de exponer muestra que cuando los contratos se consideran individualmente, la dependencia de cláusulas de fuerza mayor bien redactadas y de las reglas establecidas en la ley aplicable para eventos imprevistos posteriores a su firma incluirá muchos contratos afectados por la pandemia y quizá también proporcione soluciones para muchos de estos. Sin embargo, el impacto del COVID-19 es tan grande que los contratos afectados serán muchos. Lo que está siendo afectado es una cantidad muy grande de contratos en toda la economía, incluyendo muchos que son parte de redes contractuales o cadenas de suministro. Con la actividad económica afectada o detenida totalmente, esta será una instancia en la que todo el ambiente legal tendrá que ser creativo, tener capacidad de salir de los paradigmas y pensar fuera de la caja. Las soluciones que planteemos pueden tener un alcance limitado frente al problema actual, pero también podrían tener efecto en el derecho posterior si algo como lo que estamos viviendo se repite en el futuro. La frase aquella de que las crisis son oportunidades puede ser especialmente cierta en estas circunstancias.

Se ha sugerido permitir la suspensión de obligaciones contractuales por un período de tiempo sin penalidad, ni responsabilidad. El cumplimiento se congelaría hasta que la actividad comercial pueda reanudarse. Un ejemplo es la respuesta que la ley

<sup>27</sup> Artículo 6.2.3 (4) (b) UPICC.

alemana ha dado al desafío actual permitiendo a los consumidores y a las pequeñas empresas suspender el cumplimiento por motivos económicos hasta el 30 de junio de 2020 respecto de contratos celebrados antes del 8 de marzo de 2020. Este derecho solo puede ejercerse si la situación económica de la contraparte no es afectada indebidamente.<sup>28</sup> Habrá que esperar para saber cómo funciona en la práctica este tipo de solución, pero parece razonablemente limitado a un período breve, aunque es probable que sea necesario extenderlo.

En muchos contratos existen mecanismos para enfrentar al COVID-19, pero no estamos seguros de que sean las soluciones adecuadas en la situación económica que estamos enfrentando dadas las medidas gubernamentales tomadas alrededor del mundo para detener la propagación del virus. Como he indicado, la crisis puede proporcionar una oportunidad para revisar cómo los regímenes legales abordan el impacto de eventos imprevisibles e importantes en las condiciones existentes. Las respuestas que demos en el corto plazo no deberían obviar la necesidad de mirar más allá de manera exhaustiva y revisando las normas sobre circunstancias imprevistas similares a las que estamos viviendo y que quizá no sean las últimas.

## **2. Derecho de seguros y COVID-19**

Lo primero que es importante recalcar es que el derecho de seguros está situado entre lo privado y lo público, y que de ninguna manera puede ser considerado parte del derecho comercial, como solía hacerse anteriormente, del mismo modo como el contrato de seguro no puede ser sometido al derecho contractual paritario. Para eso existe la Ley 29946 del contrato de seguro, la doctrina y el derecho comparado.

Los seguros funcionan como una mutualidad en la que es imposible que una aseguradora emita solo una póliza o incluso algunas pocas, porque es necesario tener una gran cantidad de clientes para que funcione la ley de los grandes números. Teniendo presente lo que acabo de explicar, conviene recordar que los seguros funcionan como una bolsa común a la que los diferentes asegurados aportan de acuerdo con los riesgos y montos que aseguran, de tal manera que la cantidad acumulada en la bolsa sirve para pagar a los que tengan pérdidas o siniestros. Estas bolsas se arman por ramos (incendio, robo, automóviles, etcétera), y por razones técnicas no se mezclan unas con otras. Entonces, el dinero que está en las diferentes bolsas es propiedad de los asegurados, y las compañías de seguros solo administran estos fondos. Esto no es del todo transparente, porque estas últimas están constituidas como sociedades anónimas, lo que crea la ficción jurídica de que son propietarias de los diferentes fondos; pero ese es el fundamento de que la actividad aseguradora esté supervisada en el Perú y en todas partes del mundo. En nuestro caso, la supervisión está establecida por el artículo 87 de la Constitución Política, que la encarga a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), cuya misión es proteger el dinero del público (de los asegurados). De ahí que se pueda decir que lo que afirmamos al comenzar este párrafo tiene sustento: el derecho de seguros abarca los ámbitos público y privado.

---

28 Ley Introductoria al Código Civil, artículo 240, §1 (3).



Los condicionados de los contratos de los seguros nadie los lee, entre otras razones porque es casi imposible cambiarlos. Los corredores pueden incluir algunas cláusulas (condiciones especiales) que eventualmente ayudan, pero que también han sido escritas por las aseguradoras. Algunos de los brókeres más grandes tienen esas ‘cláusulas adicionales’ redactadas por ellos, que en algunos casos mejoran la cobertura, pero que siempre han tenido que ser sometidas a la aceptación de las compañías. Por eso, creer que la participación de un bróker, por profesional que sea, consigue quitarle al seguro su carácter de contrato de adhesión, es un error monumental.<sup>29</sup> Las aseguradoras imponen las condiciones de las pólizas en el 99,9 % de los casos y hacen pequeñas concesiones a algunas empresas y corredores, pero nunca en lo esencial. Pensar en levantar una exclusión importante, como podría ser la de pandemia, es casi imposible; y si alguien lo logra es un verdadero gran riesgo, definido como la empresa que está en capacidad de negociar su contrato de seguro de igual a igual con la aseguradora. Esto en el Perú ocurre en casos muy contados, cuando las primas que paga la empresa asegurada suman cinco millones de dólares o más. Incluso estas empresas tendrán pólizas de ciertos riesgos en que no podrán cambiar ni una coma, porque vienen impuestas por el reasegurador facultativo.

Desde que el COVID-19 fue declarado una pandemia por la OMS el 11 de marzo último y luego el gobierno peruano declaró el estado emergencia cinco días después, las preguntas sobre la aplicación del derecho de seguros han aparecido por doquier. En el Perú, la mayor parte de aseguradoras decidieron dejar sin efecto la exclusión por pandemia que contemplaban las pólizas de seguro médico y de vida, cuando la habían consignado, pero no han cedido un ápice en las de lucro cesante derivadas de las de todo riesgo por daños a la propiedad. En los casos que conozco de estas pólizas, incluidas en los contratos automáticos de reaseguro, no se había consignado la exclusión, pero las aseguradoras, algunos brókeres y ajustadores han estado anunciando que no hay cobertura a los cuatro vientos, usando las redes sociales e incluso promoviendo conferencias de especialistas que las apoyan.

Los seguros médicos —al igual que las Entidades prestadoras de salud (EPS)— han venido cubriendo los casos de COVID-19 con cierta discrecionalidad. Sospecho que la explicación está en que proporcionalmente son pocos los asegurados en relación con la población total, que pertenecen a los sectores más altos (que están siendo menos afectados por el COVID-19), y el Estado está asumiendo la mayor parte de los gastos. También debe haber pesado en la decisión que las EPS, en donde está la mayor parte de ‘asegurados’, no tenían la exclusión y hubiera sido muy complicado cubrir a unos y no a los otros. Mucha gente hubiera después intentado dejar las aseguradoras e irse a las EPS, siempre que les fuera posible, y las pólizas internacionales, cuya masa crítica se ha venido reduciendo, terminarían siendo insostenibles. Recientemente, a raíz del enfrentamiento del Poder Ejecutivo con las clínicas privadas, una de las compañías más grandes anunció la cobertura total (sin deducibles, ni coaseguros), para sus clientes en los casos de COVID-19 y las demás se vieron obligadas a seguirla. Las principales aseguradoras son también propietarias

---

29 De esto ha hecho eco nuestra LCS que en sus artículos IV, Tercera (in fine) y 40 g) expresamente dice que la participación de un bróker no le quita al contrato de seguro su carácter de adhesión.

de las EPS más importantes y las administran junto con sus departamentos de salud. Los seguros de vida son minoritarios en nuestro país, y no deberían constituir un problema. En cualquier caso, hay que aplaudir lo que hasta ahora han hecho.

Si tenemos en cuenta que los vehículos asegurados en su inmensa mayoría no circularon durante la cuarentena y en consecuencia el principal riesgo no existió,<sup>30</sup> es razonable la reacción de algunas aseguradoras que, de una u otra forma, no cobrarán por el período de confinamiento o lo compensarán ampliando la cobertura luego de su vencimiento. Empero, no han anunciado ninguna reducción en los otros riesgos. Por ejemplo, en las coberturas de incendio, líneas aliadas, robo y/o asalto, deshonestidad de empleados, responsabilidad civil y similares, está claro que hubo una significativa reducción del riesgo mientras las empresas estuvieron cerradas, pero no se ha anunciado reducciones en las tasas como corresponde. En otros países se han entablado acciones colectivas (*Class Actions*) para que se devuelva lo que corresponde. En el Perú las aseguradoras y los corredores no están interesados en que esto ocurra y prefieren no mencionarlo.

La exclusión de pandemia en los seguros de vida es usual internacionalmente, pero no se sostiene de manera racional. Las compañías de seguros tendrían que cubrirlos y tener un reaseguro catastrófico para enfrentarlos, pero como nuestros tiempos están caracterizados por una avaricia desmedida, lo que ha venido pasando, con la aquiescencia de algunas entidades reguladoras, es que se incorpora a las pólizas cada vez más exclusiones, así como las aseguradoras van ‘aprendiendo’ lo que no quieren pagar. Fue por eso que cuando redactamos el proyecto de ley del contrato de seguro, incorporamos un artículo que obligaba a la SBS a preparar condicionados mínimos de los diferentes riesgos en un plazo de seis meses, para evitar que esta maliciosa conducta se siga repitiendo. Lamentablemente, esta entidad se opuso y quedó limitada a los seguros obligatorios.

La historia de los seguros en el Perú, desde que el mercado fue liberalizado en 1991, es la historia de las exclusiones.<sup>31</sup> Las compañías las han ido implementando luego de haberse visto obligadas a indemnizar siniestros que prefieren no pagar en el futuro. La excusa ha sido, siempre, que no habían cobrado prima por ese riesgo.

La industria aseguradora a nivel mundial también practica la adición de exclusiones y, como veremos, es probable que en el futuro todas las pólizas tengan una exclusión por pandemia. Kate Burgess, del *Financial Times* Lombard, publicó el 31 de marzo de 2020 un artículo titulado «Las aseguradoras muestran que no estamos juntos en esto»,<sup>32</sup> en el que reclama que las compañías estuvieran contradiciendo la afirmación del primer ministro británico, quien había afirmado que frente a la pandemia ‘estamos todos juntos...’. Una especie de respuesta la dio poco después Bruce Carnegie-Brown, presidente de Lloyd’s: «Fundamentalmente, la industria de los se-

---

30 Parece que la ‘*Microrganism exclusion*’ (MAP) se ha incluido en algunos casos con contrato facultativo de reaseguros, pero habría que analizar si una cláusula de este tipo debería ser considerada como abusiva conforme a la LCS. Algunas pólizas tienen la cobertura de riesgos de la naturaleza; además, los vehículos están cubiertos mientras están estacionados por eventuales incendios y similares.

31 La mencionada ‘*Microrganism exclusion*’ (MAP) es un ejemplo.

32 <https://www.ft.com/content/d3090df5-b787-411f-88dc-3910dc0c1e72?desktop=true&segmentId=d8d3e364-5197-20eb-17cf-2437841d178a#myft.notification:instant-email:content>



gueros depende de los contratos [...] Pagamos de las primas que recaudamos, y [...] no hemos recopilado primas para cubrir el coronavirus». Esta declaración no hace sino confirmar lo que he afirmado antes: las aseguradoras son solo administradoras del dinero de los asegurados (los siniestros se pagan con las primas recaudadas).

Lo afirmado por Carnegie Brown me sirve para hacer un comentario que considero válido para el derecho de seguros peruano y también el continental europeo (España, Francia, Italia y Alemania). Los contratos (pólizas) tienen una validez relativa, condicionada por la Ley del Contrato de Seguros (29946 en el Perú) y la vigencia de los principios de máxima buena fe y transparencia. Los asegurados compran una póliza con la idea de estar cubiertos, y el rechazo de un siniestro tendría que tener una poderosa razón. De ninguna manera basta una exclusión si esta no está debidamente justificada. Para eso existe la prohibición de cláusulas abusivas vigente en la mayor parte del mundo, la doctrina de las expectativas razonables que cada vez es más acogida por la jurisprudencia, así como el uso del argumento de que las pólizas no son contratos, sino cosas o productos que, si vienen fallados, resultan en la responsabilidad de la compañía que debe pagar el siniestro aunque está expresamente excluido, porque además las pólizas deben ser leídas como un todo, teniendo en cuenta su intencionalidad. Si una empresa adquiere una para que le cubra el lucro cesante derivado de la interrupción del negocio, debe servir a ese propósito y no esconderse detrás de condiciones no justificadas.

La defensa que hizo el presidente del Lloyd's de la no cobertura del COVID-19 puede creérsela alguien que no conozca la industria y cómo se establecen las tasas y primas en los mercados. Hace mucho tiempo que las tasas no están compuestas por subtasas de cada riesgo o esto ocurre en casos muy específicos. En la actualidad, las primas de seguros de propiedad por coberturas a todo riesgo son integrales y producto de la experiencia del ramo, corregidas en el espacio por la situación geográfica y en el tiempo por la siniestralidad del propio asegurado y la internacional de las reaseguradoras, en especial por los desastres naturales, de tal manera que, por ejemplo, los ciclones y huracanes afectan las tasas de zonas donde no se dan esos fenómenos naturales.

Por desgracia, la avaricia ha llevado a las aseguradoras a enfocar el negocio a partir del rechazo de siniestros en vez de lo que fue, originalmente, de suscripción (*underwriting*) y buena fe. Mi afirmación es en especial evidente en los seguros médicos que, por cierto, tienen otras características, además de que en general no tienen reaseguro.

Existe toda una contradicción respecto al tratamiento legal y jurisprudencial con que se resuelven los reclamos de seguros. Por un lado, la mayor parte de legislaciones reconocen que se trata de un contrato por adhesión, pero cuando un ajustador hace primero el análisis de cobertura para dictaminar si se paga o no un siniestro y, eventualmente, luego un juez o un árbitro resuelve en una sentencia o un laudo si el asegurado tiene o no razón, lo hacen a partir de lo que dicen las condiciones generales y especiales de la póliza, como si el *pacta sunt servanda* fuera aplicable a pie juntillas en los contratos de seguros. Es cierto que, en algunos casos excepcionales, sobre todo los últimos (jueces y árbitros), tienen en cuenta el carácter no paritario del contrato y lo establecido en la ley respecto de cláusulas y prácticas abusivas,

pero no llegan a compensar el desequilibrio contractual. He sido testigo de que incluso en muchos casos se ha usado el argumento de que el asegurado ha tenido la asesoría de un corredor profesional,<sup>33</sup> cuando quienes conocemos el negocio sabemos que su margen de maniobra es mínimo y que, salvo contadas excepciones, solo puede aspirar, como ya indiqué, a la incorporación de algunas cláusulas que también redactó la compañía de seguros.

En realidad, es inmoral e inaceptable que existan cláusulas gratuitas o condicionados diferentes que son incluidos o usados solo a pedido del asegurado y que pueden determinar la cobertura de un siniestro. Eso solo abona en beneficio de los corredores que, junto con las aseguradoras, son los únicos que conocen de su existencia. Y hay que recordar que los brókeres y agentes son aliados de las compañías por la forma como se ha estructurado su remuneración, que, sabemos, es un porcentaje de la prima que paga el asegurado.

Es probable que la única solución a todos estos problemas sea la creación de condicionados generales y cláusulas adicionales mínimas para cada uno de los ramos de seguro y que, además, sea obligatorio que las compañías ofrezcan todas las alternativas a los posibles asegurados antes de que contraten sus pólizas y que los corredores sean responsables de no ofrecer todo lo que está disponible a sus clientes. Esto último existe, pero no suele aplicarse, por lo menos en el Perú. Para estos efectos, vale el paralelo de que cuando se vende una póliza de seguro esta tiene la apariencia de una hermosa mujer llena de promesas y buenos deseos, pero que a la ocurrencia de un siniestro se transforma y aparece tal como es en realidad, una bruja que dice a todo no y que pone todos los peros posibles antes de decir que tienes cobertura. La póliza debería ser vendida mostrando su verdadera naturaleza (que es una bruja y no la bella mujer que nos venden actualmente).<sup>34</sup>

Al resolver los litigios, los jueces y árbitros tienen que desterrar la idea de que la póliza de seguro es un contrato paritario y, en consecuencia, que debe ser tratado como resultado de la libertad contractual, porque no es verdad. Los que conocemos la industria desde dentro sabemos que los condicionados y cláusulas son impuestos al asegurado que no los lee, no solo por la desidia que despierta su lenguaje, sino porque, como ya he señalado, no tiene ninguna posibilidad de cambiarlos y son similares en todas las aseguradoras.

Se hace necesario incorporar al derecho de seguros (en realidad creo que ya es parte, aunque casi no se use) el principio de razonabilidad. Y debería ser aplicado, específicamente, a los textos (*wording* en inglés) de los condicionados de las pólizas. No basta la lista de cláusulas y prácticas abusivas. Creo que conforme a nuestra LCS, los jueces y los árbitros tienen la discrecionalidad de revisar la razonabilidad del clausulado, por supuesto, pudiendo la aseguradora defenderlo. Esta afirmación está sustentada en lo establecido en la parte final del artículo 26 (Contenido de la póliza) de la LCS, donde se dispone:

---

33 Estos casos son anteriores a la entrada en vigencia de la LCS, ya que esta literalmente prohíbe esta interpretación.

34 El paralelo se puede hacer también con un hombre o con un miembro de la comunidad LGTB. Lo he hecho con una mujer porque soy varón y heterosexual.

Las condiciones generales, particulares y, las especiales que sean aplicables al contrato, deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a cláusulas y pactos no contenidos en la póliza.
2. *Estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos de las partes.* (Cursivas nuestras)

## 2.1. Fuerza mayor

Para saber si el COVID-19 es un evento de fuerza mayor, lo primero que corresponde es revisar si esta está definida en el contrato. Luego habría que revisar cuán amplia y detallada es la definición. Por lo general, las cláusulas de ‘fuerza mayor’ han incluido los denominados ‘actos de Dios’ (terremotos, inundaciones, tornados, mal tiempo, etcétera), pero también los llamados actos de gobierno (guerra, huelgas, embargos, ciertas acciones del gobierno). Así mismo, la lista puede referirse a epidemias o pandemias. Luego habría que determinar si las últimas constituyen casos de ‘fuerza mayor’ o si están excluidas. Si no se mencionan de forma expresa, es razonable sostener que una epidemia o pandemia es un ‘acto de Dios’ y se encuentra dentro de la definición de ‘fuerza mayor’. Las medidas gubernamentales, como las cuarentenas o las restricciones de circulación y viaje, pueden ser considerados como ‘actos de gobierno’. La jurisprudencia tiende a analizar cada caso en el contexto del contrato.

Con respecto a los contratos de seguro, la cobertura de gastos extras y similares derivada del COVID-19 puede existir en algunas pólizas de seguro, en especial en aquellas que tienen la cobertura de lucro cesante. Las empresas que se hayan visto obligadas a cerrar tienen que revisar si sus pólizas tienen o no excluyen la cobertura derivada de una pandemia, y necesariamente tendrán que tener cuidado con los términos que se incluyan en sus renovaciones si es que las aseguradoras les permiten negociar y no excluyen la pandemia sin más. Cambios radicales en este sentido solo los lograrán los verdaderos grandes riesgos, que, como ya comenté, son las empresas que estén en capacidad de negociar de igual a igual con las compañías. En el Perú son muy pocas, al punto que se pueden contar con los dedos de una mano. No creo que la intervención del mejor de los corredores resulte en la inclusión de la cobertura de pandemia a la renovación si las aseguradoras han decidido excluirla. En nuestro país se escudarán en que no tienen cobertura del reasegurador.

La póliza de responsabilidad civil general también se utilizará para los casos que resulten en responsabilidad frente a terceros por el cierre obligatorio derivado del estado de emergencia decretado por el gobierno y cualquier gasto relacionado incurrido por ese motivo. También se presentarán reclamos bajo esta póliza para atender reclamos de terceros que aleguen haber contraído COVID-19 por acciones u omisiones de la empresa asegurada.

## 2.2. Seguro de lucro cesante (Business Interruption)

### 2.2.1. Antecedentes históricos

Lucro cesante es un término ambiguo, porque en realidad es la consecuencia de la interrupción del negocio que es el riesgo mismo. También se le suele denominar ‘pérdida consecencial’. Algunos afirman que el origen es el margen adicional que se permite asegurar en transporte (10-20 %), porque se supone que con el traslado la mercadería ya tiene otro precio.

En el siglo XIX se presentaron en Inglaterra reclamos que fueron rechazados bajo las pólizas de incendio que incluían pérdidas adicionales a los daños materiales (salarios y lucro cesante). Por esos tiempos, en Francia (Alsacia y Lorena) se aceptó asegurar un monto fijo adicional a la pérdida física como lucro cesante. Más adelante, en Inglaterra, ese monto se estableció en 10 %. En los Estados Unidos se registra el caso de National Filtering Oil Co. vs. Citizens Insurance Co., 106 NY 535, 13 NE 337 (1887), donde se habían asegurado unas regalías, caso que era excepcional en ese tiempo.

En el siglo XX, en la propia Inglaterra, la empresa Profits & Income Insurance empezó por primera vez a vender pólizas de pérdida consecencial o lucro cesante, y en los Estados Unidos se comenzó a comercializar el seguro de ‘Use & Occupancy’ (Uso y Ocupación) como consecuencia de un siniestro de incendio o líneas aliadas. Hoy se le conoce internacionalmente como Business Interruption, BI (interrupción del negocio), y en América Latina se mantiene el nombre de lucro cesante.

### 2.2.2. La cobertura

Una propuesta interesante del doctor Gabriel Vivas Diez<sup>35</sup> es que el lucro cesante puede ser:

- a) Directo, cuando es derivado del daño material, lo que ocurre en Inglaterra, Francia, Austria, Grecia, USA, Turquía, Israel, Sudáfrica, Nueva Zelanda, etcétera.
- b) Contingente:
  - Daños materiales del proveedor (usualmente rotura de maquinaria, pero podrían incluirse otras coberturas).
  - Imposibilidad de acceso. Por ejemplo, en un centro comercial en el Perú, en 2017, la imposibilidad de acceso a un almacén hizo que los otros tampoco lo tuvieran.
  - Puros, cuando no se requiere daño material. Por ejemplo, cancelación de eventos o seguro de cierre (*Shutdown insurance*<sup>36</sup>).

<sup>35</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=aGi2vNSHwRA> Conferencia de Gabriel Vivas Diez. Consultada el 18-05-2020.

<sup>36</sup> <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Insurance/Germany/Arnecke-Sibeth-Dabelstein/Business-shutdown-insurance-in-case-of-business-interruption-during-COVID-19-crisis>

Las dos alternativas de cobertura que más se usan son la denominada cláusula A (inglesa), que cubre el período de afectación, y la cláusula B (americana), que cubre el período de reconstrucción. En ninguno de los casos tienen que corresponder con la vigencia de la póliza. Podrían superarla. Los gastos extraordinarios no son lucro cesante sino daño emergente, pero están cubiertos por la póliza. La cobertura no se activa por cualquier interrupción, solo por eventos accidentales y súbitos que causen daño físico o material cubierto por la póliza (por ejemplo, incendio y líneas aliadas o rotura de maquinaria).

Cabe preguntarse: ¿es el COVID-19 un daño físico (material)? Si nos remitimos a la oposición entre físico y espiritual que hacen los diccionarios, tendríamos que concluir que es el primero, ya que de ninguna manera es el segundo. Para la jurisprudencia inglesa ocurre daño físico cuando se afecta al bien y le produce un cambio en su estructura, aunque sean imperceptibles a la vista, como son los casos de moho, bacterias, microorganismos y partículas.

Así tenemos que en *Mellin v. Northern Security Ins. Co.*, 167 N.E. 544 (N.H. 2015) el tribunal determinó que el olor a orina de gato constituía una ‘pérdida física’. Se estableció que un asegurado puede sufrir una pérdida física «debido a un contaminante o condición que causa cambios en la propiedad que no se puede ver ni tocar», pero reconoció que la ‘pérdida física’ no puede interpretarse de forma muy amplia, concluyendo que requiere una alteración distintiva y demostrable de la propiedad asegurada. Esto incluía cambios percibidos por el sentido del olfato.

En *Columbiaknit, Inc. V. Afilliated FM Ins. Co.*, N° CIV. 98-434-HU, 1999 WL 619100, at \*7 (D. Or. Aug. 4, 1999). Se requiere un cambio físico distinto y demostrable en la propiedad que demanda alguna acción correctiva para demostrar la pérdida o daño físico. «El reconocimiento de que el daño físico o la alteración de la propiedad puede ocurrir a nivel microscópico no obvia el requisito de que el daño físico debe ser distintivo y demostrable. En los casos de daño por olor a metanfetamina, el daño físico se demuestra por el olor persistente y penetrante [...]. La mera adherencia de las moléculas a las superficies porosas, sin más, no equivale a pérdida o daño físico».

En Colombia, en el caso *Termoflores S.A. ESP vs. Royal Sun Alliance (Colombia) y Ace Seguros*,<sup>37</sup> había que determinar si un ajuste en un equipo que no tenía ningún desperfecto visible podía constituir daño físico. Este requería ajustes en las bobinas del rotor que se había desplazado, para funcionar adecuadamente. Se concluyó que calificaba como daño físico, porque si bien no sufrió destrucción total o parcial de los componentes del rotor, este sufrió un daño por la desestabilización de algunas de sus partes.

En *MDS, Inc. vs. Factory Mutual Insurance Company (FM Global)* la Corte Superior de Justicia de Ontario (Canadá) dio una amplia definición de ‘daño físico’, afirmando que es el «deterioro de la función o del uso de bienes tangibles».<sup>38</sup>

37 <https://www.youtube.com/watch?v=aGi2vNSHwRA> Conferencia de Bernardo Salazar Parra. Consultada el 18 de mayo de 2020.

38 «*Impairment of function or use of tangible property*». En: <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/april/8/physical-damage-under-a-canadian-commercial-property-policy>. Consultado el 18-05-2020

Uno de los requisitos para la cobertura es la relación de causalidad entre el daño físico que causó la interrupción del negocio y las pérdidas. A continuación, comento algunos casos:

- a) Orient Express Hotels Ltd. y Assicurazioni Generali SpA (UK) (the OEH case 1). Se cubrió el daño físico por el huracán Katrina, pero no el lucro cesante, porque no había relación de causalidad. Según el juez, las pérdidas se derivaron en realidad del cierre de la zona.
- b) Fresh Express Inc. v. Beazley Syndicate 2623/623 at Lloy's Cal.App, 4<sup>th</sup> 1038, 1056, 131 Cal. Rptr.3d 129 (Cal. App. 2011). Se rechazó porque la presencia de E. coli en espinacas no era la causa, como se sustentaba en el reclamo, sino otra distinta.
- c) Commonwealth Enterprises v. Liberty Mut. En s. Co., 101 F.3d 705, 1996 WL 660869 (9th Cir. 1996). Se rechazó porque el incendio original no fue la causa, sino una contaminación por asbesto.
- d) Syufy Enterprises v. Inicio Ins. Co. Of Indiana, No, 94-0756, 1995 WL 129229, \* 2 (ND Cal. 1995). Se rechazó porque los toques de queda por el veredicto en el juicio de Rodney King no podían ser considerados como daño a la propiedad.
- e) Costa del Pacifico Ing. Co. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 9 Cal.App.3d 270, 274, 88 Cal.Rptr. 122 (Cal. App. 1970). Se rechazó porque no se debió a daño físico, sino por trabajos específicos del asegurado en curso en el momento de la pérdida.

Hay algunos casos de indemnización sin daño físico:

- a) Cobertura de denegación de acceso. Cubre cuando una propiedad vecina o cercana a la del asegurado sufre daños y la autoridad prohíbe el acceso al predio del asegurado; pero usualmente esta cláusula otorga cobertura hasta por solo dos semanas y se concede solo a gimnasios, casinos, establecimientos de esparcimiento y restaurantes. Es decir, exige el cumplimiento de dos elementos:
  - Daño a bien adyacente, y
  - Orden de la autoridad.Respecto al COVID-19, cabe preguntarse si hay daño físico, y si la orden de la autoridad limita el acceso o el desplazamiento de personas.
- b) Proveedores. Esta cláusula protege la interrupción del negocio porque los proveedores (listado incluido en la póliza) no pueden abastecer al asegurado, pero requiere de daño físico en sus instalaciones por riesgo cubierto en la póliza del asegurado. Puede incluir a los proveedores de los proveedores (Caso Cía. Colombiana Automotriz S.A. vs. Chubb Colombia y Allianz Seguros, en el que el proveedor no sufrió daño físico pero se afectaron sus intereses, ya que su proveedor tuvo inundaciones en Tailandia que impidieron que recibiera los insumos que necesitaba para proveer a la asegurada).<sup>39</sup>
- c) Pérdida de atractivo (*Loss of Attraction*). Un hotel afectado por daños en un

---

39 <https://www.youtube.com/watch?v=aGi2vNSHwRA>



aeropuerto cercano a cuyos pasajeros solía alojar. Requiere daño físico al lugar siniestrado. Por ejemplo, se denegó el reclamo de Occupy Central porque cerró por prudencia ya que algunas tiendas cercanas estaban con el acceso bloqueado.

- d) Cancelación de eventos. Por ejemplo, Wimbledon (por el SARS contrató póliza por cancelación de eventos y pagaba entre 1,2 y 1,5 millones de libras al año, pero recibirá 100 millones de libras por la cancelación del campeonato de tenis debido al COVID-19).

Las exclusiones que conviene revisar si están en cada una de las pólizas que se pretenda reclamar en el caso del COVID-19 son la contaminación ambiental y los actos de autoridad. Los deducibles en las pólizas de lucro cesante suelen establecerse en tiempo (número de días), que corresponde a la primera etapa de interrupción que asume la empresa asegurada. Solo cabe reclamar si ese período es superado.

Frente a las actuales circunstancias del COVID-19, podríamos preguntarnos si el hecho de que el virus se pueda limpiar sin alterar la propiedad lo excluye como daño físico. Además, hay que revisar, en la póliza respectiva, si superan las exclusiones y el deducible, pero también si las penúltimas son cláusulas abusivas. Hay asimismo, en el Perú, un enredo conceptual respecto de lo que son condiciones especiales y particulares en lo que, lamentablemente, colabora la regulación de la SBS y la propia LCS, que ha invertido los términos.

En la mayor parte de empresas industriales los eventos que detienen la producción provocan importantes pérdidas y el seguro de lucro cesante es la forma de afrontar este riesgo. Como hemos visto, este tipo de pólizas cubren las pérdidas derivadas de una paralización por daños materiales cubiertos por la póliza de todo riesgo (incendio y líneas aliadas) por daños materiales. Por lo general, la cobertura se extiende para cubrir los gastos adicionales relacionados en los que ha tenido que incurrir una empresa como resultado de una paralización, así como los gastos de gestión del siniestro (por ejemplo, remoción de escombros). Aunque en el extranjero la cobertura de lucro cesante se puede adquirir de forma independiente (Business Shutdown Insurance), en el Perú se vende, adicionalmente, a la póliza de daños a la propiedad y no puede adquirirse sola. Quizá mediante un reaseguro facultativo específico que, hasta donde conozco, no se ha dado.

Como se requiere que el daño a la propiedad cubierto por la póliza matriz sea el que desencadene la pérdida por lucro cesante, como indiqué, el problema que tendrán que afrontar las empresas aseguradas será vincular el COVID-19 con los 'daños a la propiedad', ya que son el requisito previo para la cobertura de lucro cesante. Aunque todavía no existe jurisprudencia, es posible que las reclamaciones por COVID-19 se funden en que los daños a la propiedad que originaron la paralización del negocio y el consecuente lucro cesante son el resultado de la suspensión del negocio por orden gubernamental. Como la póliza de daños a la propiedad comercial cubre las pérdidas causadas por daño material, se tendrá que demostrar que lo sufrieron tal como se describe en cada póliza, pero teniendo presente que esta podría incurrir en excesos que constituirían cláusulas o prácticas abusivas o estipulaciones prohibidas. Nuestra LCS (artículos 39, 40 y 41) es muy

amplia cuando se refiere a todas estas. Como ya comenté, también está el artículo 26, que exige que todas las disposiciones de la póliza estén «ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos de las partes».

La forma en que los jueces lean el texto actual será el resultado de las demandas que se entablen en el Poder Judicial, ya que desde que la Ley 29946, del Contrato de Seguro (LCS), entró en vigencia, las compañías no están aceptando arbitrajes, cuando antes todas las pólizas, sin excepción, tenían cláusula arbitral. Un cambio que nos lleva a muchas preguntas que todavía no tienen respuesta.

Las aseguradoras sostendrán que las pérdidas de los asegurados no se deben a pérdidas físicas o daños a la propiedad, sino que son el resultado de que sus trabajadores tienen que quedarse en casa conforme a lo ordenado por el gobierno. Por el contrario, las empresas aseguradas argumentarán que cualquier contaminación de su propiedad, o que afecte físicamente a la propiedad para hacerla inhabitable o no apta para el uso para el que está previsto, puede constituir pérdida o daño físico.

En el caso de esta pandemia, es probable que la interpretación de las pólizas evolucione; incluso si, como ahora, la posición de las aseguradoras es contraria a la cobertura, las circunstancias cambiantes pueden ampliar las posibilidades de que las pérdidas sean cubiertas.<sup>40</sup> Como ya indiqué, dado que las pólizas de lucro cesante que se comercializan en el Perú requieren que la paralización sea causada por daños materiales, los litigios estarán centrados en si la posible presencia del virus en las oficinas o plantas de una empresa puede ser considerada como tal.

Las pólizas de lucro cesante estipulan que el asegurado debe suspender las operaciones debido al riesgo cubierto para cobrar el siniestro. Este seguro (lucro cesante) ofrece cobertura para la pérdida de ingresos y el incremento de costos vinculados que resulten del período de paralización causado por pérdidas o daños físicos directos. Aunque la primera impresión es que esta cobertura no parece aplicable a una pérdida por la pandemia, si una planta tiene que ser cerrada para descontaminarla, habrá pólizas que tengan cobertura. Se hace necesario ver el caso específico y revisar los sublímites. Aun cuando no las he visto en pólizas cubiertas por los contratos automáticos de reaseguro, es posible que algunas pólizas con cobertura facultativa contengan exclusiones para virus y bacterias (microorganismos), mientras que otras solo para bacterias. Teniendo en cuenta que el COVID-19 es un virus, la cobertura podría depender del condicionado de la póliza, pero teniendo siempre presente que esta cumpla con los estándares exigidos por la LCS y no contenga cláusulas o prácticas abusivas o estipulaciones prohibidas.

Teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto Supremo 044-2020-PCM del 16 de marzo último y sus modificaciones y aclaraciones posteriores que decretó el estado emergencia y el aislamiento social obligatorio, señaló algunas actividades que a modo de excepción podían continuar operando, puede presentarse el caso de empresas que ‘voluntariamente’ decidieron acatar la cuarentena. Si alguna de estas hubiera tenido la cláusula de ‘Cierre por orden de la autoridad’ (Clousure by Public

---

<sup>40</sup> Reed Smith LLP. Recuperación de seguro para COVID-19. <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2020/03/insurance-recovery-for-COVID19>. Consultada el 10 de mayo de 2020.



Authority), ¿no podría reclamar bajo esta? La respuesta inmediata es que no, porque fue un cierre voluntario, pero ¿es la respuesta correcta? Si nos ceñimos a la letra sí, pero no al espíritu de la cobertura y a una lectura sistemática de la póliza (habría que hacerla en el caso específico) y las circunstancias en que el haber optado por operar ponía a riesgo a todos sus trabajadores.

El otro tipo de cobertura de seguro prevista en la mayoría de las pólizas de lucro cesante es, como ya comentamos, la denominada ‘contingente’, que cubre pérdidas indirectas que por lo general resultan de la interrupción de la cadena de suministro. Como la anterior, requiere ‘daños materiales’ en el proveedor que causa la paralización. En consecuencia, la definición de ‘daño’ que aparezca en la póliza será importante.

Están disponibles en el mercado internacional cláusulas que incrementan la cobertura; algunas incluso se ofrecen en el Perú, aunque de manera muy selectiva. Por ejemplo:

- a) Cláusula de la autoridad civil, que se activa cuando un organismo gubernamental restringe el acceso a la propiedad del asegurado. Las aseguradoras buscarán limitar sus pérdidas limitando el plazo. Como suele ocurrir, esta cláusula está cambiando como consecuencia del COVID-19.<sup>41</sup>
- b) Cláusulas de enfermedades contagiosas o infecciosas y de enfermedades de notificación obligatoria, que proporcionan cobertura para pérdidas causadas por ciertas enfermedades sin el requisito de que haya daños físicos a la propiedad. No conozco ningún caso en que esta cláusula se haya otorgado en el país.
- c) Cláusula de riesgos políticos que otorga cobertura de lucro cesante por pérdidas derivadas de actos de gobiernos extranjeros.
- d) Cláusula de seguro de eventos, que brinda cobertura por pérdidas derivadas de la cancelación o aplazamiento de eventos.

### **2.3. Los siniestros de lucro cesante**

Los asegurados tienen que probar que la paralización y la pérdida de ingresos son consecuencia de un riesgo cubierto por la póliza, lo que demandará dejar claro que no está excluida, ya que la mayor parte de las pólizas de daño a la propiedad que tienen contratada la cobertura de lucro cesante son de todo riesgo y no de riesgos enumerados. Para hacer este análisis hay que tener en cuenta el amparo de la póliza, es decir, las coberturas. Por lo general, los reclamos por lucro cesante se refieren a pérdidas inmediatas y directas de ingresos, y en algunos casos a otros riesgos asegurados, como la cancelación de eventos, incremento de costos de operación, responsabilidad frente a sus trabajadores y el público, gastos de

---

41 Cuando las acciones del gobierno obligan a los empleados a dejar de trabajar, abandonar el país o reubicarse. Interpretación de la cobertura de expertos de FC&S, ISO brinda respaldo a la interrupción del negocio en respuesta al coronavirus. Nuco, 18 de marzo de 2020. <https://www.nuco.com/fcs/2020/03/18/iso-provides-business-interruption-endorsement-en-respuesta-al-coronavirus/>. Consultada el 29 de marzo de 2020.

gestión del siniestro, entre otros. Los siniestros tienen un período de duración: el tiempo durante el que el negocio está paralizado. Por eso la prescripción se cuenta desde el fin de esta.

El COVID-19 será una ocasión especial para probar las leyes del contrato de seguro vigentes en Latinoamérica. Desde las más consolidadas, como las de México (1935), Argentina (1967) y Colombia (1971), hasta las más recientes: Costa Rica 8956 (2011), Perú 29946 (2012), Chile 20667 (2013), Uruguay 19678 (2018).

Aparecerán muchos problemas al enfrentar estas liquidaciones. Por ejemplo, la reducción de la operación, aunque no sea paralización total, debe entenderse cubierta si la causa es un siniestro cubierto por daño a la propiedad, lo que puede ser un problema con el nombre de la póliza en los países anglosajones (*Business Interruption*). No cubrir estos casos llevaría a incrementar el riesgo moral, ya que una empresa asegurada podría preferir paralizar en vez de seguir operando parcialmente.

Otro motivo de discusión puede ser si la paralización ha sido causada por el COVID-19 o por la orden gubernamental de paralización. La respuesta se encontrará en la búsqueda de la causa adecuada, que es uno de los principios de la LCS (artículo II, 'e'). También puede debatirse una supuesta deficiente traducción de la palabra inglesa 'material', que en ese idioma también puede significar 'relevante' o 'importante'. Por ejemplo, la expresión 'material fact', que es común en el mercado asegurador inglés, se entiende como hecho importante. Al final, el gran problema es que el asunto se extienda a nivel mundial. No se trata de un solo siniestro, sino de muchos, y en todas partes. Empero, eso podría también resultar en la búsqueda de una solución integral.

En Inglaterra ya se presentó una disputa sobre cómo debe interpretarse la cobertura de cierre por orden de una autoridad. Las aseguradoras alegan que se refería a solo el cierre en la zona en que opera la asegurada y no a un cierre total. También cabe preguntarse si la cláusula operará en países como Uruguay o Suecia, donde no se ha ordenado la paralización, sino solo una recomendación. Son una interrogante, asimismo, las posibilidades de las demandas presentadas en los Estados Unidos contra la República Popular China por, supuestamente, haber ocultado información y causado que el COVID-19 se extienda a nivel mundial. En Francia algunos contratos de seguro excluyen 'riesgos sanitarios', 'pandemias', 'virus', entre otros, pero el Código de seguros (artículo L.113-1) establece que, para ser válida una exclusión, debe ser clara y precisa. Y la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que la exclusión de 'enfermedades de transmisión sexual' era demasiado vaga, por lo que quedó excluida. Algo similar ocurrió con la de 'dolor de espalda' y con la de 'estados de depresión'.

Para demostrar las pérdidas, los ajustadores suelen pedirle a la empresa asegurada sus balances anteriores, así como sus presupuestos y pronósticos para el período cubierto por la póliza. Los costos adicionales derivados de la paralización y las pérdidas consecuentes pueden incluir la contratación de empleados temporales o contratistas externos, multas contractuales, etcétera.

Las pérdidas por paralizaciones causadas por el COVID-19 pueden ser significativas, y muchas empresas recurrirán a sus pólizas de lucro cesante. Incluso si

dejamos de lado lo difícil que será que las compañías acepten otorgar cobertura a estos siniestros derivados de la pandemia, es probable que ofrezcan indemnizaciones mínimas, alegando que en el desastre que vivimos es improbable que los ingresos hubieran continuado después de la paralización, incluso si la empresa asegurada no hubiera sido afectada. Las aseguradoras pueden asumir esa posición apoyándose en lo difícil que resulta valorizar las pérdidas conforme a lo establecido por las pólizas de seguro de lucro cesante. Por estos motivos, las decisiones de los tribunales extranjeros (no conozco casos peruanos) sobre la valorización de los siniestros son variadas e inconsistentes. Algunos tribunales de los Estados Unidos han aceptado el argumento de que las condiciones económicas posteriores al evento deben considerarse, otras no, y no está claro qué partes de un siniestro de lucro cesante deben considerarse. Algunos tribunales han exigido al asegurado demostrar el monto de cualquier pérdida con cierto nivel de certeza, incluso si esos cálculos son solo proyecciones.<sup>42</sup> Así mismo, en situaciones similares, los tribunales han llegado a conclusiones inconsistentes sobre los gastos del asegurado que son recuperables por las pólizas de lucro cesante. Lo único uniforme es que los tribunales no tienen claro el estándar probatorio que debería exigirse.<sup>43</sup>

Algunos tribunales consideran los datos financieros históricos del titular de la póliza al calcular el lucro cesante,<sup>44</sup> mientras otros sostienen que las condiciones económicas locales posteriores al siniestro deben tomarse en cuenta al calcular las pérdidas.<sup>45</sup> No está clara la orientación ni el estándar probatorio exigido por los jueces, lo que no es sorprendente, porque el cálculo es inherentemente especulativo.<sup>46</sup>

Cuando se analiza el texto de las condiciones de una póliza para efectos de valorizar las pérdidas de la empresa asegurada suelen usarse ciertos criterios o doctrinas de interpretación:

1. La interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*;
2. La doctrina de las ‘expectativas razonables’; y,

42 C. French, *The Aftermath of Catastrophes: Valuing Business Interruption Insurance Losses*, [2014] 30 Ga. St. U. L. Rev. 461

43 *Ibid.*, 464-468.

44 *Catlin Syndicate Ltd. contra Imperial Palace of Miss., Inc.*, [2010] 600 F.3d 511, 516 (5th Cir.); *Finger Furniture Co. contra Commonwealth Ins. Co.*, [2005] 404 F.3d 312, 314 (5to Cir.); *Prudential LMI Comercial Ins. Co. v Colleton Enters., Inc.*, [1992] n° 91-1757, 1992 WL 252507, (4ª Cir.); *A.m. Auto. En s. Co. contra Fisherman’s Paradise Boats, [1994] Inc., No. 93-2349CIVGRAHAM*, 1994 WL 1720238.

45 *Sher v Lafayette Ins. Co.*, 973 So. 2d [2007] 39, 62 (La. Ct. App; *Fireman’s Fund Ins. Co. v Holland Am. Line-Westours, Inc.*, (2002) 25 Fed. App’x 602, 603 (9th Cir.); *Consol Cos. V Lexington Ins. Co.*, No. 06-4700, [2009] US Dist. LEXIS 8542, 20 (ED La. 23 de enero de 2009); *Berk-Cohen Assocs. V Landmark Am. Ins. Co.*, (2009), No. 07-9205, 2009 WL 2777163, (ED La. 27 de agosto de 2009); *BF Carvin Constr. Co. v CNA Ins. Co.*, (2008), No. 06-7155, 2008 WL 5784516, \* 3 (ED La. 14 de julio de 2008); *Levitz Furniture Corp. v Hous. Cas. Co.*, (1997), No. 96-1790, 1997 WL 218256, \* 3 (ED La. 28 de abril, 1997).

46 *21 Polytech, Inc. v Afiliados FM Ins. Co.*, (1994), 21 F.3d 271, 276 (8º Cir. 1994); *E. Associated Coal Corp. contra Aetna Cas. & Sur. Co.*, (1980) 632 F.2d 1068, 1074 (3d Cir. 1980); *Dictiomatic, Inc. v U.S. Fid. & Guar. Co.*, (1997) 958 F. Supp. 594, 603 (S.D. Fla. 1997); *Howard Stores Corp. v Foremost Ins. Co.*, (1981) 441 N.Y.S.2d 674, 676 (N.Y. Sup. Ct. 1981).

### 3. La interpretación sistemática o de la póliza como un todo.

Resulta obvio que las disposiciones de las pólizas para el cálculo de la indemnización en las pólizas de lucro cesante son ambiguas, por lo que corresponde usar la interpretación *contra stipulatorem* o *contra proferentem*, según la cual cuando hay ambigüedad en el contrato (póliza) se interpreta a favor del asegurado, quien no redactó la póliza, y, en consecuencia, contra las aseguradoras y a favor de la cobertura. Esta regla está establecida en nuestra LCS (artículo II, 'f' y IV, tercera).

De acuerdo con la doctrina de expectativas razonables —claramente derivada del principio de *uberrima bona fidei*, también establecido en nuestra LCS (II, a)—, una póliza debe interpretarse de forma que incluso cuando se excluya inequívocamente o se limite la cobertura, los jueces la mantendrán y el asegurado debe ser indemnizado, ya que es razonable (principio de razonabilidad) que el titular de una póliza de lucro cesante espere cobrar de su aseguradora lo que hubiera recibido de continuar operando durante el período de paralización. Para eso contrató el seguro. En otras palabras, los jueces no deberían permitir que las aseguradoras cobren primas por un seguro de lucro cesante y, cuando se produce una paralización por fuerza mayor (una pandemia en este caso), no paguen el siniestro o reduzcan la indemnización, ya que esto hace ficticia la cobertura que ofrecieron al venderla (French, 2014). De alguna manera se estaría aplicando la lógica de la lesión que existe en nuestra legislación (Código Civil).<sup>47</sup>

A esto hay que agregar que la póliza debe interpretarse sistemáticamente, es decir, en su conjunto, de forma que sus diversas cláusulas concilien entre sí mientras que dan efecto a todas ellas y tienen en cuenta el propósito general del seguro.

Por lo expuesto, en relación con la forma de valorización, usar solo la información financiera histórica obvia algunas condiciones del contrato. En cuanto a las condiciones económicas posteriores al siniestro, bajo los criterios de interpretación existentes, deben considerarse cuando favorecen al contratante o asegurado y tendrían que ignorarse cuando no.

Otro argumento que se ha estado usando en los Estados Unidos y Europa es que, debido a que el seguro es un contrato de adhesión, no negociado, con un lenguaje estandarizado redactado por las aseguradoras que vende sobre la base de 'tómalo o déjalo', las pólizas deben considerarse como productos o 'cosas' en lugar de contratos. Si se considera la póliza como tal (cosa o producto), resulta defectuosa si no funciona como el asegurado espera razonablemente que ocurra, y el asegurador (vendedor) responde por el daño que cause el producto. Si lo aplicamos a la póliza de lucro cesante, la empresa asegurada espera recuperar el monto total de sus pérdidas, menos el

---

47 La lesión es una acción rescisoria establecida por el artículo 1447 del Código Civil y que puede invocarse cuando una de las partes se aprovecha de la necesidad apremiante de la otra. La desproporción entre el precio y el valor del bien tiene que haber sido mayor a las 2/5 partes (40 %), pero cuando es exorbitante, es decir, si es igual o mayor a las 2/3 partes (66,6 %), opera el principio *juris tantum* previsto en el artículo 1448, y basta que el lesionado lo pruebe para que la acción rescisoria proceda y no tiene que demostrar el aprovechamiento. La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación y no procede cuando proviene de transacción (cosa juzgada) o en las ventas hechas por remate público.

deducible cuando se dé una paralización como la que vivimos. Si la redacción de las cláusulas que detallan la forma de calcular las pérdidas y estas permiten a la aseguradora no pagar nada o menos del total, la póliza es defectuosa desde la perspectiva del tomador o asegurado. Por lo tanto, debe ser compensado integralmente.

#### **2.4. Otros casos de lucro cesante**

Aunque no vaya a ocuparme de estos, conviene recordar que hay otros casos de lucro cesante diferentes del derivado de las pólizas de todo riesgo de incendio y líneas aliadas. Se trata de las pólizas de ramos técnicos conocidas por sus siglas en inglés CAR (Construction All Risk) y EAR (Erection All Risk), que corresponden a la construcción y al montaje. En ambas se puede contratar la cláusula de pérdida anticipada de utilidades (Anticipated Loss of Profit), conocida en el mercado asegurador como ALOP, que se calcula a partir de presupuestos y expectativas, sin referencia al pasado, como es el caso del BI. También está disponible la cláusula de retraso en el inicio de operaciones (Delay in Start Up), pero en ambos casos tienen que deberse a un siniestro de daños materiales cubierto por la póliza.

También se dan casos de cobertura de lucro cesante en pólizas de transporte marítimo de mercancías. Así tenemos las cláusulas de flete, demora y defensa (Freight, Demurrage & Defense) y la provisión de puerto seguro que cubre los casos de bloqueo de puerto que serán motivo de desarrollo en otra ocasión.

#### **2.5. Futuras exclusiones**

Como el COVID-19 puede resultar en importantes indemnizaciones que tendrán que pagar las aseguradoras, es probable que la historia se repita una vez más y las compañías incluyan en las renovaciones una exclusión específica (Sampson, Lewis & West, 2020). Cada vez está más clara la necesidad de la elaboración de pólizas con condicionados mínimos que garanticen que esto no continúe ocurriendo y facilitando la adquisición de seguros para los asegurados que, como he señalado, nunca leen las pólizas, entre otras razones porque todos sabemos que no lograrán cambiar sus términos. La existencia de condicionados mínimos permitiría la libre competencia, pero garantizando estándares mínimos de cobertura, y evitaría los abusos de muchas compañías que han dejado de entender el negocio como de suscripción y buena fe, para convertirlo en uno de búsqueda permanente de motivos para rechazar los siniestros pensando en la mayor rentabilidad.

Como ya he indicado, el objetivo de la póliza de lucro cesante es proteger los ingresos esperados por la empresa asegurada, que se habrían obtenido si no hubiera una paralización. Empero, como la mayoría de pólizas de lucro cesante exigen que la paralización sea causada por daños materiales, muchos de los litigios se centrarán en determinar si la presunta presencia del COVID-19 en cierta ubicación, o incluso el hecho de que la ubicación no sea segura para el uso previsto teniendo en cuenta la 'distancia social' requerida, puede constituir un daño físico. Claro que estos litigios suponen que los jueces continúen estimando las pólizas como contratos y no como productos, además de seguir considerando la contratación de seguros como privada

y sujeta al derecho constitucional de libre contratación (artículo 62) que olvida que los seguros son en realidad una mutualidad y que los siniestros se pagan con las primas de quienes no los tienen, lo que lleva a que en el Perú y en el mundo sean una actividad supervisada, porque, en el fondo, las compañías de seguros son solo administradoras del dinero de los asegurados, pero que están disfrazadas por la forma de organización social (sociedades anónimas) que les permite creer que son propietarias del fondo.

A partir de lo que acabo de exponer, ya no resulta descabellada la propuesta que se ha hecho en los congresos de Nueva Jersey y otros estados (Pensilvania, Nueva York, Massachusetts, Ohio, Carolina del Sur y Louisiana) de los Estados Unidos, e incluso uno federal (Mike Thomson de California), para que las aseguradoras estén obligadas a pagar los siniestros derivados de pandemias virales, cierre forzado de negocios, evacuaciones obligatorias, cortes de energía, o cualquier otro fin, aunque exista la exclusión.<sup>48</sup> Algunos proponen que las compañías paguen con cargo a recuperar en el futuro del Estado parte o el total de la indemnización. Louisiana retiró la propuesta por las trabas constitucionales, entre las que aparecen las ‘expectativas razonables de cualquier negocio’, mostrando que las aseguradoras también usan esa doctrina cuando las favorece. En una declaración pública, el presidente Trump también pidió a las aseguradoras que paguen los siniestros de BI. El gobierno francés solicitó a las aseguradoras que paguen ‘algo’, pero allá están prohibidos los pagos *ex-gratia*. Como respuesta, las aseguradoras han reunido 200 millones de euros, una cifra muy pequeña para afrontar los problemas.

Después de todo lo expuesto, cabe preguntarse si la intervención legislativa constituiría una intervención indebida en contratos privados, y si son en realidad privados. Sin duda, frente a estas propuestas se discutirá la constitucionalidad, legalidad e incluso, de aprobarse, habría posibilidad de arbitrajes de inversión en caso de aseguradoras extranjeras.

Los pronunciamientos de Christopher Woolard, CEO interino de la Financial Conduct Authority (FCA) del Reino Unido, y del director ejecutivo del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, diciendo que había que llegar a un punto de equilibrio, podrían leerse como una invitación a la participación estatal en la indemnización de las pérdidas. La Asociación Británica de Aseguradores (ABI<sup>49</sup>), a pesar de la posición generalizada de la industria de exigir el daño físico y el consecuente rechazo de la mayor parte de reclamos, ha hablado de una exposición de 900 millones de euros. De otro lado, la Asociación Panasiática de Gestión de Riesgos y Seguros (PARIMA<sup>50</sup>) ha pedido que las aseguradoras de los Estados Unidos no paguen los casos de lucro cesante, porque un ejemplo así llevaría a que se propague una idea de ese tipo y se afecte el cúmulo y los reaseguros a nivel mundial. Brasil se ha quejado de la tendencia de los jueces a fallar contra las aseguradoras. La Asociación Británica de Aseguradores afirma que cubrir retroactivamente un riesgo

---

48 New Jersey Bill A-3844. [https://www.njleg.state.nj.us/2020/Bills/A4000/3844\\_I1.HTM](https://www.njleg.state.nj.us/2020/Bills/A4000/3844_I1.HTM). Consultada el 29 de marzo de 2020.

49 Association of British Insurers.

50 Pan-Asia Risk & Insurance Management Association.



de alta severidad, que según ellos nunca estuvo cubierto y con eventuales problemas de reaseguro, es ‘un pasaporte a la insolvencia’. ¿En verdad no podrían enfrentarlo? Teniendo en cuenta la diseminación que conlleva el reaseguro, es posible que haya llegado el momento de que aporten a la reconstrucción empresarial y a evitar el enorme desempleo que está causando el COVID-19.

La idea de la participación del Estado llevaría a que en el futuro se constituya un fondo mixto que sirva para enfrentar casos similares. Algo así ya se da con el Fondo de Compensación de Seguros en España.

Teniendo en cuenta que el COVID-19 no es un caso de frecuencia sino de severidad, y que hay pocas PYMES involucradas, por lo menos en Latinoamérica, muy improbablemente ocurrirá en el Perú, más si tenemos en cuenta los antecedentes de la SBS, pero en los países más desarrollados los reguladores estatales podrían tratar de cumplir con su principal obligación de proteger a los asegurados considerando las exclusiones como cláusulas abusivas.

## **2.6. Responsabilidad civil**

Algunas de las primeras noticias sobre COVID-19 contaban de infecciones masivas en cruceros o en conferencias de negocios. Es probable que los proveedores de servicios tengan que enfrentar reclamos de sus clientes y el público en general por negligencias que causaron exposición al virus en sus instalaciones que llevaron al contagio y, eventualmente, a la muerte. Algunas pólizas tienen exclusiones por hongos y bacterias, pero no son lo suficientemente amplias como para excluir la cobertura de esta pandemia.

Por otra parte, los médicos que atienden a los pacientes sin observar los protocolos necesarios, y hospitales y clínicas que no mantienen la cantidad adecuada de personal o equipo para tratar a los pacientes en dificultades, también están expuestos a reclamaciones por la pandemia. En estos casos, los médicos y los hospitales y clínicas deberían contar con pólizas de responsabilidad civil o de errores y omisiones que en nuestro país no son generalizadas.

## **Referencias**

- Birds, John (2010). *Birds' Modern Insurance Law*. (8.<sup>a</sup> edición). Londres: Sweet & Maxwell.
- De la Puente y Lavalle, Manuel (2001). *El contrato en general*. Lima: Palestra.
- Donati, Antigono (1980). *Los seguros privados: manual de derecho* (traducción de Arturo Vidal Solá). Barcelona: Bosch.
- French, C. (2014). The aftermath of catastrophes: valuing business interruption insurance losses. *30 Ga. St. U. L. Rev.* 490.
- Halperin, Isaac (1990). *Lecciones de seguros*. Buenos Aires: Depalma.

Hart, Herbert, L. A., & Tony. Honoré (1985). *Causation in the law*. Oxford: Oxford University Press.

Jaramillo, Carlos Ignacio (dir.) (2015). *Derecho de seguros y reaseguros (Liber Amicorum en homenaje del profesor Arturo Díaz Bravo)*. Bogotá: Grupo Ibáñez.

Lorimer, James & otros (1981). *The legal environment of insurance, I*. (2.<sup>a</sup> edición). Pennsylvania: American Institute por CPCU.

Muratti, Natalio (1955). *Elementos técnicos, económicos y jurídicos del seguro*. Buenos Aires: El Ateneo.

Ossa, J. Efrén (1988). *Teoría general del seguro*. Bogotá: Temis.

Osterling Parodi, Felipe (1988). *Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. VI. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>. Consultada el 11 de mayo de 2020.

Pistor, Katharina (2020). Law in the time of COVID-19. Books. 240. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>. Consultado el 11 de mayo de 2020.

Sampson, M, Lewis, R., & West, M. (2020). Consideraciones sobre el nuevo seguro de coronavirus comercial. Alerta de cliente Reed Smith 2020-137, 6 de febrero de 2020. <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2020/02/novel-coronavirus-commercial-insurance-considerations>. Consultada el 27 de marzo de 2020

Soler Aleu, Amadeo (1978). *El nuevo contrato de seguro*. Buenos Aires: Astrea.

Stiglitz, Rubén (2005). *Derecho de seguros*. Buenos Aires: La Ley.



# **La actual problemática del seguro de interrupción del negocio frente al COVID-19**

*Carlos Augusto Acosta Olivo*

*Pedro Richter Valdivia*

Torres, Carpio, Portocarrero & Richter – DAC Beachcroft LLP



## **1. A modo de introducción: algunas precisiones sobre el COVID-19 y las pandemias**

Nuestro país y el mundo entero están viviendo una situación de zozobra e incertidumbre frente a la alarmante expansión del coronavirus. Si bien es cierto que en las redes sociales y en internet está circulando una masiva cantidad de información al respecto, también lo es que la gran mayoría de esta es falsa o inexacta. Por ello, dentro de nuestros límites, consideramos necesario efectuar una aproximación seria a dicha enfermedad, la cual ha puesto en jaque mate incluso a países del primer mundo.

Lo primero que debemos tener presente es que se trata de un nuevo brote o tipo de un colectivo de virus denominados coronavirus, los cuales, según la OMS: «Causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el Síndrome Respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19».<sup>1</sup>

Según la OMS, el COVID-19:

Fue descubierto el 30 de diciembre del 2019, al analizarse tres muestras de lavado broncoalveolar en un paciente del Hospital Jinyintan de la ciudad de Wuhan – China, quien presentaba una neumonía de etiología desconocida. Los análisis de dichas muestras evidenciaron que el virus tenía características típicas de la familia del coronavirus y pertenecía al linaje Betacoronavirus 2B, siendo relativamente similar a la cepa BatCov RaTG13 (SARS tipo murciélago) pero presentaba una secuencia de genomas diversos, lo que evidenciaba una mutación en el mismo.<sup>2</sup>

Y se concluyó que:

---

1 OMS (2020). Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

2 OMS (24 de febrero de 2020). Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). Recuperado de <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-COVID-19-final-report.pdf>

El virus COVID-19 es un nuevo patógeno que es altamente contagioso, puede propagarse rápidamente y debe considerarse capaz de causar enormes impactos en la salud, la economía y la sociedad en cualquier entorno. No es SARS y no es influenza. Construir escenarios y estrategias solo sobre la base de agentes patógenos conocidos corre el riesgo de no aprovechar todas las medidas posibles para retrasar la transmisión del virus COVID-19, reducir las enfermedades y salvar vidas. (OMS, 2019, p. 18)

Lamentablemente, a pesar de que el gobierno chino actuó con la premura del caso, dado el desconocimiento de la velocidad y facilidad de contagio, el virus se expandió masivamente en Wuhan, así como en las ciudades próximas dentro de la provincia de Hubei y, posteriormente, fue exportado a otros países portado por turistas y viajeros.

El 30 de enero de 2020 se celebró la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (RIS) convocada por el director general de la OMS, en la cual se declaró al nCoV como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII). Con tal declaración esta enfermedad vino a ser la sexta que alcanzó dicha calificación desde la creación del RIS en el 2005, siendo los casos previos: i) gripe pandémica A (H1N1) del 25 abril de 2009; ii) diseminación internacional del poliovirus salvaje del 5 mayo de 2014; iii) epidemia de enfermedad por el virus ébola en África Occidental del 8 agosto de 2014; iv) conglomerado de casos de malformaciones congénitas y otros trastornos neurológicos en relación con el virus del zika del 1 febrero 2016; y, v) epidemia de enfermedad por el virus ébola en la República del Congo del 18 octubre de 2019.

A solo dos meses de su descubrimiento, la OMS daba cuenta de su gravedad y relevancia al señalar lo siguiente:

[...] El brote de nCoV ha puesto y seguirá poniendo a prueba los sistemas de salud pública y su capacidad para comunicarse de manera eficaz con sus poblaciones. Desafíos tales como la comunicación de la incertidumbre y los riesgos, al tiempo que se abordan las preocupaciones del público en general, pueden llevar a una serie de resultados, como una pérdida de confianza y de la reputación, repercusiones económicas o, en el peor de los casos, la pérdida de vidas [...].<sup>3</sup>

Y a solo tres meses de ser descubierto, y ante la alarma de la comunidad mundial, el 11 de marzo de 2020 la OMS lo calificó como pandemia. Indicó su presidente:

Desde la OMS hemos llevado a cabo una evaluación permanente de este brote y estamos profundamente preocupados tanto por los alarmantes niveles de propagación y gravedad, como por los alarmantes niveles de inacción. Por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia... Esta es la primera pandemia causada por un coronavirus... La OMS

---

3 OMS (2020). Comunicación de riesgos y participación comunitaria (RCCE) en la preparación y respuesta frente al nuevo coronavirus de 2019 (2019-nCoV). Recuperado de <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330860/9789240001039-spa.pdf>

ha estado aplicando su máximo nivel de respuesta desde que se notificaron los primeros casos. Y cada día hemos hecho un llamamiento a los países para que adopten medidas urgentes y agresivas.<sup>4</sup>

Para todos aquellos que no son profesionales de la salud, el término pandemia tiene una resonancia de connotaciones siniestras, y genera gran temor en la población; sin embargo, para efectos de un mejor análisis del actual contexto es necesario dejar de lado estos sesgos cognitivos y aproximarnos al concepto desde el punto de vista epidemiológico.

Para entender el término, previamente es necesario mencionar dos estadios intermedios: la endemia y, luego, la epidemia. Según los especialistas en la materia, la endemia hace alusión a la presencia constante de una enfermedad o agente infeccioso dentro de una determinada área geográfica o grupo de población; por el contrario, se habla de epidemia o enfermedad epidémica cuando una enfermedad u otros eventos relacionados con la salud se extiende en una comunidad o región, en números superiores a la expectativa normal (Porta, 2008, p. 78).

El número de casos que indican la presencia de una epidemia varía según el agente, el tamaño y el tipo de población expuesta; experiencia previa o falta de exposición a la enfermedad; y hora y lugar de ocurrencia. La epidemia es, por lo tanto, relativa a la frecuencia habitual de la enfermedad en la misma área, entre la población especificada, en la misma estación del año (Porta, 2008, p. 78).

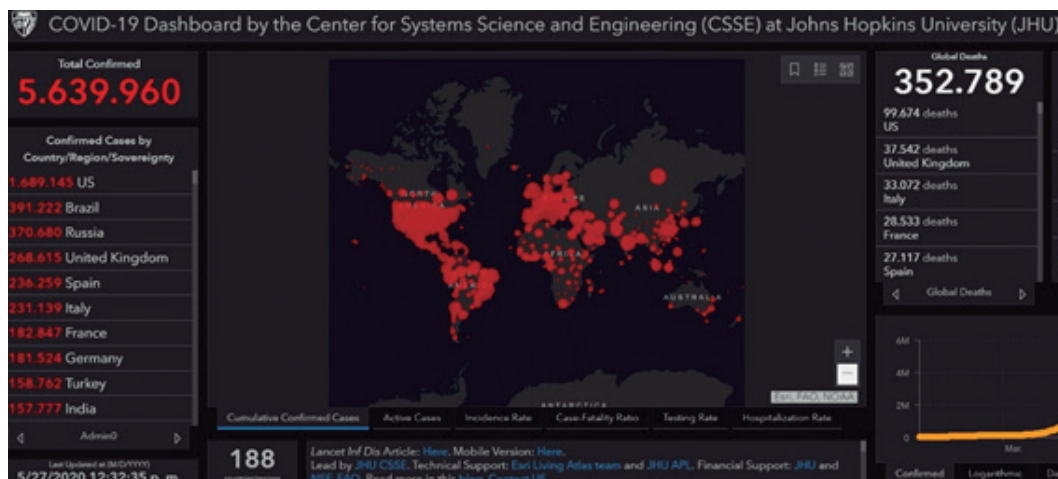
La importancia de identificar y mapear adecuadamente las epidemias está en lograr preparar las medidas de reacción y control necesarias para evitar que dicha enfermedad se extienda a otras regiones. Cuando tales protocolos fallan o no han sido oportuna y adecuadamente implementados, se llega a un escenario de pandemia, la cual es definida como «una epidemia que ocurre en todo el mundo o en un área muy amplia, cruza fronteras internacionales y generalmente afecta a un gran número de personas» (Porta, 2008, p. 179).

Como puede colegirse de lo recién señalado, el criterio para calificar una u otra está determinado principalmente por su extensión geográfica y su capacidad de expansión, antes que por la gravedad de la enfermedad, siendo que en el caso del COVID-19, a la fecha de culminación del presente artículo (1 de junio), ha afectado a 188 países, 5 073 775 personas y, lamentablemente, ha provocado la muerte de 330 981 personas, según lo señalado por el Centro de Recursos contra el Coronavirus fundado por la prestigiosa universidad estadounidense Johns Hopkins University & Medicine (ver gráfico 1).

---

<sup>4</sup> OMS (11 de marzo de 2020). Transcripción de la rueda de prensa internacional del 11 de marzo de 2020. Recuperado de <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-COVID-19--11-march-2020>

Gráfico 1



Fuente: Johns Hopkins University & Medicine (27 de mayo de 2020). COVID-19 Map, recuperado de <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

En el caso del Perú, según el centro de investigación antedicho,<sup>5</sup> por desgracia nos encontramos dentro del *top 15* de países con el mayor número de infectados, lo cual resulta sumamente preocupante (2020).

Del mismo modo, según los datos oficiales ofrecidos por nuestro Ministerio de Salud,<sup>6</sup> al 27 de mayo de 2020 se han registrado 129 751 casos confirmados, de los cuales 3788 terminaron con la muerte del infectado.

## 2. El impacto económico del COVID-19 en el mundo y en el Perú

El impacto de la actual pandemia no se ha limitado a la afectación de la salud de las personas; también ha tenido una importante repercusión en la economía mundial, pues ha producido una severa pérdida de beneficios en el sector privado.

Si bien es cierto diversos investigadores e instituciones han hecho proyecciones sobre el impacto del COVID-19 en la economía actual, lo cierto es que, debido a la rápida velocidad de contagio, y por la diversidad de medidas que cada Estado ha adoptado, efectuar una estimación más o menos exacta resulta una labor titánica.

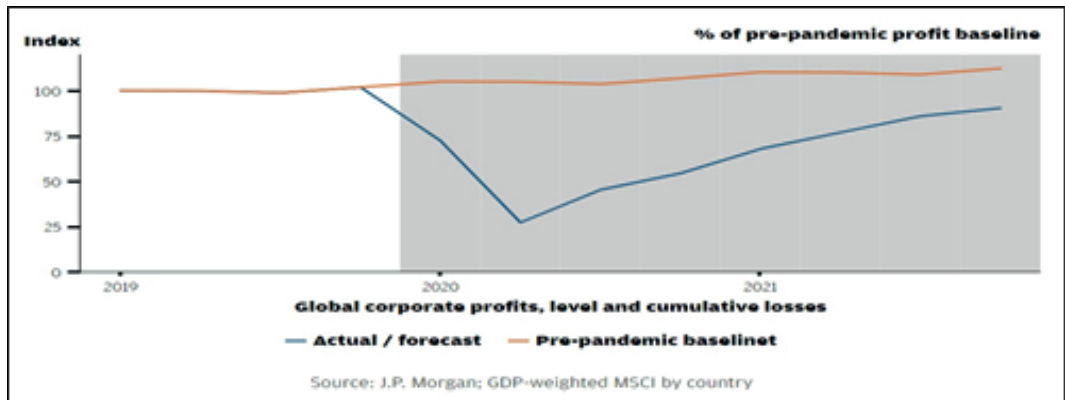
No obstante ello, destacamos la labor del Equipo Global de J.P. Morgan,<sup>7</sup> quienes han estimado que durante el primer semestre de este año se espera un colapso de al menos 70 % de las ganancias corporativas y un aumento significativo de la deuda corporativa, tal como se verifica en el gráfico 2.

5 Johns Hopkins University & Medicine (27 de mayo de 2020). COVID-19 Map. Recuperado de <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

6 MINSa (27 de mayo de 2020). Recuperado de [https://covid19.minsa.gob.pe/sala\\_situacional.asp](https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp)

7 JP Morgan US Equity Strategy & Global Quantitative Research (26 de mayo de 2020). Recuperado de <https://www.jpmorgan.com/country/US/en/research/COVID-19-across-markets>

Gráfico 2



Fuente: J.P Morgan: GDP-weighted MSCI by country.

Por ejemplo, en el caso del país con mayor número de contagiados, los Estados Unidos de América, el impacto en la economía ha sido correctamente reseñado por el Equipo de Investigación Económica y Estrategia del Instituto Swiss Re (Swiss Re),<sup>8</sup> que ha determinado que, en abril de 2020, más de 33 millones de personas presentaron una solicitud de desempleo desde que comenzó la problemática del COVID-19. Igualmente, se verificó una pérdida de 22,4 millones de puestos y se reportó un salto masivo en la tasa de desempleo a 14,7 %, es decir, una cifra no vista desde hace casi 50 años.

De igual manera, el mencionado equipo efectuó un registro de los países más vulnerables como consecuencia del devastador efecto económico del COVID-19, entre los cuales se encuentra el nuestro (ver cuadro 1).

<sup>8</sup> Group Economic Research & Strategy (8 de mayo de 2020). US Economic Outlook. Recuperado de <https://www.swissre.com/dam/jcr:29107c85-2792-446d-92c9-b7051b62b638/us-economic-outlook-may-2020.pdf>

## Cuadro 1

**Table: EM country fundamental scorecard**

Country	Vulnerability ranking – 1 is least vulnerable	GDP	Inflation	Current account	Fiscal strength	Business environment	Demographics	Political Rating	FX Reserve/ST debt	External debt/GDP
Korea	1	14	21	11	14	3	16	8	5	4
Peru	2	15	3	12	16	19	12	16	3	7
China	3	9	5	15	24	11	19	13	8	1
United Arab Emirates	4	17	21	11	17	9	4	2		13
Poland	5	11	5	8	8	9	22	9	16	18
Mexico	6	25	7	9	12	12	14	10	13	9
Russia	7	17	11	10	13	13	23	18	1	5
Malaysia	8	10	18	13	13	10	11	5	15	17
Philippines	9	6	19	22	10	20	5	23	4	3
Hungary	10	9	4	19	7	11	25	4	11	24
Thailand	11	14	23	6	13	9	15	19	9	8
Hong Kong	12	22	8	3	14	4	22	17	17	
Singapore	13	19	17	9	19	2	19	1	24	
Colombia	14	12	8	22	12	14	13	22	12	14
Croatia	15	13	14	15	11	13	25	5	10	23
Chile	16	15	7	20	19	9	17	15	7	20
India	17	12	7	13	17	21	13	24	19	2
Brazil	18	17	13	18	22	21	13	14	2	12
Qatar	19	13	19	22	14	16	12	3	13	22
Egypt	20	9	24	22	14	22	5	25	6	11
Uruguay	21	16	21	17	18	13	18	7	14	21
S. Africa	22	22	15	13	24	17	11	11	18	15
Indonesia	23	7	17	23	18	18	13	20	21	10
Kazakhstan	24	10	12	26	13	13	17	12	22	25
Turkey	25	19	26	7	16	17	15	21	23	16

Source: SRI, IMF, World Bank, BIS, OECD, TradeMap, Maplecroft, National Sources. Market data as of 20 April 2020

Fuente: Group Economic Research & Strategy Swiss Re (14 de mayo de 2020). Economic and financial risk insights, 14 de mayo de 2020. Recuperado de <https://www.swissre.com/dam/jcr:0c606e65-97bf-4200-85d7-8697e08feeff/growth-will-eventually-bounce-back-but-output-lost-will-not-be-recovered.pdf>

Si bien es cierto que en el informe antedicho Swiss Re<sup>9</sup> considera que, de la totalidad de países con economías emergentes, el Perú, junto con Corea y China, son los que podrían recuperarse de la turbulencia económica actual con relativa facilidad y velocidad debido a que sus economías ingresaron a la recesión mundial con una posición de relativa fuerza y resistencia, también es verdad que el efecto económico en nuestro país ha sido devastador, debido al nivel de informalidad de nuestro mercado, a que gran parte de nuestras actividades son primarias y en tal sentido no han podido reencauzarse al teletrabajo y, en tanto, nuestro gobierno ha procedido a adoptar las medidas extremas y agresivas recomendadas por la OMS, con un necesario —pero alto— costo para la mayoría de los sectores económicos y la población en general.

Sobre la economía peruana, a raíz de la problemática del COVID-19, el Banco Mundial ha señalado:

9 Group Economic Research & Strategy Swiss Re, Economic and financial risk insights. 14 de mayo de 2020, p. 4.



Nuestro país entrará en recesión este 2020, generándose un incremento de los índices de pobreza y desigualdad, siendo que la profundidad del impacto está directamente relacionada con la duración de la crisis y el mantenimiento de las medidas de restricción ordenadas por el gobierno. Esta crisis de modo general ha provocado una reducción significativa del consumo privado, en los sectores, pero no limitados a estos, de transporte, restaurantes y comercio, lo cual traerá una oleada abrupta de desempleo y pérdida de ingresos sobre todo en los sectores independientes e informales.<sup>10</sup>

Por su parte, Vinelli Ruiz y Maurer Fossa, director y profesor de la Maestría Agroindustrial de la Universidad ESAN, respectivamente, han efectuado un interesante análisis de la actual problemática, partiendo por diferir de los cálculos realizados por el Banco Mundial, quien considera que este año se producirá una caída de -4,7 % del PBI, y, por el contrario, consideran lo siguiente: «El efecto del COVID-19 será más severo y tendríamos una contracción del -5,5 %. Nuestro cálculo considera una economía global en recesión y una alta volatilidad en los mercados financieros, así como en el precio del petróleo y en el precio de nuestros productos minerales y de agroexportación» (Vinelli y Maurer, 2020).

Del mismo modo, los investigadores antedichos ofrecen una proyección del nivel de desempleo como consecuencia del COVID-19, en los siguientes términos (Vinelli y Maurer, 2020):

- i) Caída en el empleo del -10 % en los sectores agricultura, pesca y minería, sobre todo por el cierre temporal de las mineras.
- ii) Caída en el empleo del -20 % en el sector comercio, debido al cierre de todos los comercios y el menor gasto discrecional de las familias.
- iii) Caída en el empleo del -15 % en el sector manufactura.
- iv) Caída en el empleo del -18 % en el sector transportes y comunicaciones.
- v) Caída del empleo del -60 % en el sector hoteles y restaurantes, siendo el sector más afectado por el cierre de fronteras y por cancelación del normal flujo de turistas.
- vi) Caída del empleo del -30 % en el sector construcción.
- vii) Caída del empleo del -20% en el sector enseñanza y educación, no obstante el proceso de virtualización de este.
- viii) Caída del empleo del -20% en el sector otros servicios (electricidad, gas y agua, intermediación financiera, salud y otros).

### **3. Sobre las causas de la reducción de ganancias y pérdida del empresariado peruano**

Como se ha podido observar en el acápite precedente, existe una marcada repercusión económica en el mercado peruano generada en el contexto de la pandemia por

---

<sup>10</sup> Banco Mundial (2020). Perú, panorama general: contexto. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/country/peru/overview>

COVID-19; y si bien es cierto podría fácilmente considerarse que es la pandemia en sí misma y de manera exclusiva la causante de dicha situación, sin embargo, consideramos que tal tesis no puede aplicarse de manera irrestricta, ya que en algunos casos, de manera concurrente, acontecen otras causas. Así, por ejemplo, en el caso del análisis de los seguros, en todo momento debe efectuarse un atento análisis de causalidad.

Como causas concurrentes del estancamiento económico nosotros destacamos las siguientes: i) cambio en la tendencia de consumo de los clientes; ii) inadecuada gestión empresarial o condiciones fácticas que determinan la imposibilidad de acceder a la transformación digital del modelo de negocio; y, iii) actos de gobierno adoptados para evitar la propagación del COVID.

De las tres causas señaladas, consideramos que la única que podría ser considerada como causa directa serían las restricciones planteadas por la autoridad, esto es, el denominado «acto de gobierno». Tales restricciones se pueden dar a dos niveles: una restricción dirigida a los ciudadanos, y la otra propiamente dirigida a los establecimientos comerciales.

Sobre el primer nivel de restricción, tenemos que la inmovilización, cuarentena o aislamiento social obligatorio se dio en el Perú desde el 16 de marzo hasta el 30 de marzo mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo, el cual establece el estado de emergencia nacional. El artículo 3 del citado decreto dispone la suspensión de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personal, a la libertad de libre tránsito y a la libertad de reunión, estableciendo una cuarentena obligatoria por espacio de 15 días, salvo algunos supuestos limitados y expresamente señalados en los artículos 2 (vinculados al acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales) y 4.1 (se describen 13 supuestos específicos), siendo que el artículo 4.2 establece que vehículos particulares pueden circular para estos supuestos.

Este decreto fue precisado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM del 17 de marzo (por el cual se establecía el aislamiento social obligatorio de toda persona que regrese del extranjero como consecuencia de la apertura excepcional de las fronteras) y N° 046-2020-PCM del 18 de marzo (que determinaba una modificación del artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM), estableciendo los supuestos en los que los particulares pueden desplazarse para la adquisición, producción y abastecimiento: 1) alimentos, 2) fármacos, 3) servicios de salud; 4) servicios públicos y bienes y servicios esenciales, 5) retorno al lugar de residencia, 6) cuidado de personas vulnerables, 7) servicios financieros de seguros y pensiones, 8) combustible, 9) alojamientos que coadyuven a la cuarentena, 10) medios de comunicación y *call centers* de servicios de emergencia; 11) excepcionalmente servidores públicos indispensables, 12) supuestos incorporados posteriormente por el MEF y MINTER y 13) otros de naturaleza análoga o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

Posteriormente, la cuarentena ha venido siendo ampliada de manera sistemática, mediante las siguientes normas: Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, Decreto Supremo N° 064-2020-PCM, Decreto Supremo N° 075-2020-PCM, Decreto Supremo N° 083-2020-PCM; y finalmente se ha ampliado el estado de emergencia hasta el 30 de

junio de 2020, según lo señalado en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, publicado el 23 de mayo de 2020.

Por otro lado, en relación con el segundo elenco de disposiciones, debemos tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 del Decreto Supremo N° 044-2020, se impusieron diversas restricciones a la actividad comercial, según los siguientes términos:

7.1. Dispóngase la suspensión del acceso al público a los locales y establecimientos, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, grifos y establecimientos de venta de combustible. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio.

Igualmente, el artículo 11 del dispositivo legal mencionado establecía que:

Artículo 11.- Entidades competentes para el cumplimiento del presente decreto supremo. Durante la vigencia del estado de emergencia, los ministerios y las entidades públicas en sus respectivos ámbitos de competencia dictan las normas que sean necesarias para cumplir el presente decreto supremo.

Los gobiernos regionales y locales contribuyen al cumplimiento de las medidas establecidas en el presente Decreto Supremo, en el marco de sus competencias.

Sobre la base de esta disposición, las diversas municipalidades distritales emitieron ordenanzas que determinaron de manera más clara las restricciones al normal desarrollo de los establecimientos comerciales. Así, por un lado, dispusieron la suspensión de las actividades<sup>11</sup> o, por otro lado, el cierre de los comercios, siendo que, en todos los casos, se han establecido e incorporado infracciones relativas al incumplimiento de estas medidas de restricción. Se planteó de manera conjunta la imposición de multas y el cierre temporal de los establecimientos infractores.

Sin embargo, debido a lo insostenible que resultaba mantener la inmovilización de las diversas actividades económicas «no esenciales», el Gobierno peruano estableció las bases para la reactivación de las actividades económicas de manera gradual y progresiva.

En tal sentido, mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 2020, dispuso la aprobación de un plan de reanudación sectorizada, conformado por cuatro fases. La primera de estas tenía su inicio en mayo y comprendía un total de 27 actividades en los siguientes grandes sectores: a) minería e industria, b) construcción, c) servicios y turismo y d) comercio. Evidentemente, el reinicio en cuestión se debe dar siguiendo todos los protocolos para prevenir la trasmisión del COVID-19 establecidos por el MINSA y por las demás autoridades competentes.

---

11 Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Ordenanza N° 493-MDSMP, expedida por el Consejo Distrital de la Municipalidad de San Martín de Porres; y el artículo 3 de la Ordenanza N° 087-2020-MDMM, expedida por el Consejo Distrital de la Municipalidad de Magdalena del Mar.

Finalmente, con la reciente emisión del mencionado Decreto Supremo N° 094-2020-PCM se hizo una modificación relevante relacionada con la restricción al libre tránsito, de modo que en su artículo 3, adicionalmente a los supuestos de actividades esenciales, a los relacionados con las actividades económicas referidas a la primera fase del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, se sumó desde el 25 de mayo el desplazamiento para las siguientes actividades: i) servicios de distribución y transporte de material educativo, así como los relacionados con el programa Qali Warma; ii) comercio electrónico de vestuario, calzado y electrodomésticos, libros, útiles escolares y artículos para oficina; iii) servicios médicos, no relacionados con el COVID y veterinaria; iv) servicios de profesionales independientes (entre otros, técnicos de informática, gasfitería, jardinería, electricidad, carpintería, lavandería, mantenimiento de artefactos, reparación de equipos, servicios de peluquerías y cosmetología, ferreterías, servicios de limpieza o asistencia del hogar), los cuales deben ser prestados a domicilio; y, v) actividades deportivas federadas, sin público, en los escenarios deportivos.

#### **4. El seguro de interrupción del negocio como mecanismo de protección empresarial**

Como es ampliamente conocido, el mecanismo asegurativo es indudablemente una fuerte aliada de la actividad económica, en la medida en que incentiva la realización de inversiones y emprendimientos individuales y corporativos. Ello debido a que los individuos (los cuales al final son los que están a cargo de una empresa) normalmente tienen aversión al riesgo, por lo que su actitud frente a él será por lo común evitarlo, y la forma más sencilla de hacerlo es no realizar una actividad sobre la cual no existe un resultado seguro o al menos conocable. A pesar de dicha aversión al riesgo, no es menos cierto que las conductas de las personas se pueden adaptar a él y manejarlo mediante diversos mecanismos (en tal sentido, véase Jaén García & Molina Morales, 1994), dentro de los cuales indudablemente se encuentra el contrato de seguro.

Es decir, el contrato de seguro es un catalizador e impulsor de la economía nacional, ya que permite tanto la realización de inversiones de gran complejidad como la celebración de contratos comerciales ordinarios y de poca estructuración, debido a que la técnica asegurativa reduce o permite gestionar un elemento presente en toda actividad económica: el riesgo.

Ahora bien: los seguros orientados a la actividad empresarial son variopintos y evidentemente se han ido perfilando según cada rubro o sector económico. Así, por ejemplo, para el sector marítimo se presentan seguros internacionales de transporte de mercaderías y seguros de cascos; para el sector construcción, seguros todo riesgo construcción (CAR) y de maquinarias (TREC); para el sector aeronáutico, una póliza de aviación, y así la lista puede seguir. Sin embargo, existen categorías que resultan aplicables a la totalidad de empresas, tales como el seguro de crédito, el seguro de responsabilidad civil de directores y gerentes (D&O) y el *seguro de lucro cesante*.

Si bien es cierto que en medio de esta pandemia el seguro de crédito ha tomado un papel relevante (debido al alto nivel de incumplimientos y de empresas en estado de insolvencia), consideramos que el rol estelar lo está teniendo, sin lugar a dudas, el seguro de lucro cesante o de interrupción de negocios, sobre el cual, a modo de premisa, corresponde efectuar una aproximación general para, posteriormente, pasar a cuál ha sido su aspecto más controversial en medio de la pandemia, cómo es que tal problemática ha sido abordada en el extranjero y, finalmente, cómo ella podría y se está desarrollando en nuestro país.

Dado el carácter práctico de este ensayo, y no obstante que se trata de un aspecto en extremo interesante, no desarrollaremos los antecedentes y la evolución histórica del seguro de lucro cesante, pero sí nos remitiremos a la destacada labor efectuada por el maestro español Francisco Tirado Suárez (2005, pp. 1101-1105).

Sobre la definición de este tipo asegurativo, el *Diccionario de la Fundación MAPFRE* señala que es «[a]quel que garantiza al asegurado la pérdida de rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad, caso de no haberse producido el siniestro descrito en la póliza. Véase lucro cesante. Se denomina también seguro de interrupción de negocios o seguro de pérdida de beneficios».<sup>12</sup>

Además, se debe tener clara la finalidad o el objetivo del presente seguro, el cual no es otro que brindar el soporte económico necesario al cliente en aquellos casos en los cuales se ha generado un supuesto de interrupción total o parcial de la capacidad para realizar con regularidad la actividad económica.

En tal sentido, en los casos en los cuales no se ha interrumpido la actividad pero se ha generado una reducción de los ingresos normales, no se podría activar la cobertura. Es decir, la sola existencia de alguna pérdida no implica la necesaria procedencia del seguro de interrupción del negocio.

También se ha señalado que la garantía de lucro cesante tiene por objeto permitir al empresario retomar la actividad económica y compensar las consecuencias de la interrupción de esta, bajo la condición de que se trate de una interrupción limitada en el tiempo, de modo que quedan excluidos los casos de cierre definitivo. En esa línea, Tabares ha señalado: «Se entiende entonces que la cesación definitiva de actividades que tiene lugar después del siniestro impide la aplicación de la garantía de lucro cesante, aunque se afirma que ella alcanza a operar hasta el momento en que el asegurado tenga conocimiento de la imposibilidad de continuar con la actividad comercial» (2016, pp. 161-162).

En ese mismo sentido, en la guía elaborada por la London Business Interruption Association se ha señalado con suma claridad que:

La intención de una póliza de Business Interruption es mantener el volumen de negocio de la empresa durante el período de indemnización después de un incidente asegurado para que pueda reanudar el comercio [...] Se deduce que si no hay negocios que mantener (es decir, el asegurado deja de comerciar o entra en liquidación) la póliza de BI no puede responder. (Libia, 2010, p. 4)

---

12 Fundación Mapfre (2020). Recuperado de [https://www.fundacionmapfre.org/fundacion/es\\_es/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/s/seguro-de-lucro-cesante.jsp](https://www.fundacionmapfre.org/fundacion/es_es/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/s/seguro-de-lucro-cesante.jsp)

Otro aspecto relevante son las condiciones de su activación, siendo que un gran colectivo de autores considera como una de estas la presencia de un daño material o físico. En tal sentido, por ejemplo, Narváez sostiene:

A través del seguro de lucro cesante, se amparan los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado como consecuencia de la interrupción del negocio originado por el daño material cubierto bajo una póliza de daño material, como sería una póliza de incendio o de rotura de maquinaria. De manera que lo que se busca es que el asegurado cuente con un medio de resarcimiento respecto de la pérdida de rendimiento económico que hubiera podido alcanzar en su actividad de no haberse producido el siniestro, claro está con sujeción a los términos y condiciones de la respectiva póliza. (2011, pp. 162-163)

Es preciso indicar que la referencia a un daño material, o una pérdida física, va pareja a la consideración de que estamos ante un seguro adicional o dependiente de la existencia de un seguro primario, como es, por ejemplo, el de incendio, o (más frecuente en la práctica) el de todo riesgo operativo, mejor conocido como póliza patrimonial o multirriesgo, por lo cual en todos los casos se exige que para la activación de este seguro «accesorio» exista también un pronunciamiento previo y positivo sobre la cobertura del seguro base. Tabares se muestra partidario de tal tesis cuando sostiene que:

La garantía de lucro cesante en principio surge como un complemento de cobertura para las pérdidas consecutivas causadas con la destrucción o depreciación de los bienes de la empresa por efecto del incendio, la explosión, los atentados y las catástrofes naturales. Sin embargo, en la actualidad también es comercializada aparejada al amparo de riesgos de responsabilidad civil de la empresa, la confiscación y retiro de productos, el deceso de dirigentes, el transporte de mercancías o de los daños a equipos eléctricos o informáticos. Es así como esta garantía es especialmente relevante para las empresas que dependen en gran medida de uno o varios proveedores difícilmente reemplazables. (2016, p. 162)

Del mismo modo, Díaz-Granados considera que: «El lucro cesante no es un hecho causal (como el incendio, el hurto o, inclusive, la responsabilidad civil), sino una consecuencia; más estrictamente, una modalidad de perjuicio, como lo es el daño emergente. De ahí que no creamos que el lucro cesante sea susceptible de enmarcarse de forma autónoma [...]» (2015, p. 33).

No obstante ello, solo algunos pocos ordenamientos se han orientado por la autonomía de este contrato de seguro. Así, el ordenamiento jurídico español, en su artículo 63, establece que puede ser suscrito como un contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza. En el caso del ordenamiento jurídico peruano tenemos que el seguro de lucro cesante no es autónomo y, por el contrario, únicamente se lo admite cuando se ha estipulado de manera expresa según los alcances del artículo 83 de la Ley del Contrato de Seguro.

Finalmente, debemos indicar que la cobertura del seguro en cuestión se presenta de un modo bastante concreto, asumiendo, por un período temporal claramente definido, las pérdidas presentadas por el asegurado, pero también los eventuales mayores costos operativos en los que deba incurrir como consecuencia del siniestro. Debemos efectuar una precisión en relación con las pérdidas, en la medida en que este aspecto es frecuentemente confundido en la práctica.

Cuando el seguro señala que se cubrirán las pérdidas, en realidad se está refiriendo al margen de ganancias, pues el ingreso bruto de una compañía durante un período de tiempo está indefectiblemente asociado a la realización de gastos (personal, materiales o insumos, entre otros); sin embargo, si, como consecuencia del siniestro, se genera la imposibilidad de realizar la actividad, tampoco se incurrirá en algunos gastos, por lo cual, en atención al principio indemnizatorio —el cual en materia de seguros, para decirlo de modo sencillo, implica que nadie se puede beneficiar del seguro, o ponerse en una mejor posición a la existente antes de la ocurrencia del siniestro—, los montos por pagar deben siempre ser correctamente definidos y cuantificables y estar sujetos a una constante revisión, sin perjudicar el hecho de que, en tanto se trata de ganancias futuras, su definición siempre va a estar dentro del campo de la proyección.

Obviamente, siempre será de utilidad que el propio asegurado apoye tal determinación, ofreciendo la información histórica de las ganancias anuales, ya que de algún modo ello servirá para cuantificar un siniestro, pero también para la definición de los límites máximos de cobertura del lucro cesante. Por ello es usual que en los seguros patrimoniales se declaren expresamente los montos correspondientes, tanto del valor de la infraestructura y las existencias como del estimado de ganancias del anterior ejercicio. Este aspecto impone una importante responsabilidad en cabeza del asegurado y de su corredor de seguros, quienes deben efectuar una propuesta clara del límite de cobertura esperado en este rubro, ya que una incorrecta determinación de ella llevaría a que, frente a un siniestro real, el monto máximo contratado sea insuficiente y, en consecuencia, la empresa no pueda afrontar exitosamente dicha crisis. Debemos destacar que la jurisprudencia extranjera reitera que tal labor de determinación o delimitación de la cuantía le corresponde siempre al asegurado, y no al corredor o bróker; así, por ejemplo, en el caso *Eurokey Recycling Ltd. v Giles Insurance Brokers Ltd.*,<sup>13</sup> si bien se estableció que el corredor debía realizar diversas gestiones, entre ellas, el asesoramiento pleno, dentro de este último no estaba comprendida la revisión del monto propuesto por su cliente como suma asegurada.

## **5. La problemática del seguro de interrupción del negocio frente al COVID: ¿una cobertura sin daño material?**

Como bien ha dicho el maestro español Abel Veiga Copo:

---

<sup>13</sup> *Eurokey Recycling Ltd v Giles Insurance Brokers Ltd* [2014] EWHC 2989 (Comm).



En la aseguración contra daños por interrupción de actividad probablemente, después de los seguros de asistencia sanitaria, nos encontramos ante uno de los seguros cruciales ante la situación creada como consecuencia del Covid-19. Al margen de que seguros sobre daños materiales sí incluyan una limitada cobertura cuantitativa ante las pérdidas de beneficios siempre acotadas a unos quantums en comparación con el último trimestre o semestre, etc., *la cuestión capital es si la interrupción de la actividad, el cese absoluto de la misma, provocada primero por la orden gubernamental de cierre que es consecuencia de ser una medida de contención para la pandemia en lo atinente a la salud y protección de las personas, también los trabajadores y empleados de todo tipo y categoría de una empresa, fábrica, comercio, explotación, etc., es objeto de cobertura o no.* Es cierto que existen pólizas que ofrecen cobertura de pérdidas de beneficios para supuestos en los que el cierre y acceso a las instalaciones aseguradas se debe a una orden de una autoridad administrativa o de gobierno, con independencia del motivo final de dicha actuación legal. Así las cosas, existen pólizas que cubren las pérdidas derivadas por epidemias de enfermedades infectivas y donde se comprenden aquellos daños que supone la orden de cierre impartidas por la autoridad. (Veiga Copo, 2020) (Cursivas nuestras)

A nuestro modo de ver, la discusión sobre la cobertura de interrupción de negocio en el contexto del COVID está enfocada en tres aspectos: i) la determinación de si estamos ante un riesgo asegurable; ii) la problemática de la inexistencia de un daño material o físico; y, iii) el análisis de causalidad adecuada de la ocurrencia del evento.

El primer gran argumento está referido a si una pandemia es o no un riesgo asegurable. Debemos indicar que, desde que la OMS declaró que el COVID-19 había adquirido la calificación de pandemia, una preocupación (de los gobiernos y de los empresarios) era si los seguros ordinarios se activaban frente a una situación que produce una afectación potencialmente sistémica y que evidentemente podría exceder de los normales cálculos actuariales y, en consecuencia, de las primas cobradas.

Así, por ejemplo, el gran grueso de las opiniones consideraba que un riesgo pandémico excedía en gran medida los riesgos ordinarios, e incluso lo identificaban con el tratamiento propio de los denominados riesgos catastróficos. Y consideramos que no les falta razón, en la medida en que el COVID-19 se presentaba como una enfermedad totalmente nueva y con un comportamiento desconocido, por lo cual no existían datos registrados con los cuales hacer un cálculo actuarial sólido que permitiera efectuar una correcta determinación de una prima adecuada. Incluso, aun cuando algún cálculo estimado podría haber sido elaborado, la facilidad de transmisión del virus determinaba que el número de contagiados excediera cualquier previsión original, lo cual, aunado al colapso de los sistemas de salud, han determinado que presente un efecto devastador y sistémico en los países a los cuales había arribado. Acto seguido, en vista del número creciente de muertos, se generó la necesidad de que los países cerraran las fronteras (con lo cual se fracturaba la normal cadena de suministro a nivel internacional), y luego, con el aislamiento social y el cierre de los establecimientos, se generó la crisis económica a la que ya aludimos



en los acápites precedentes, lo cual ponía al rubro asegurador ante un escenario inimaginable antes de la aparición del virus.

Sobre la posibilidad de asegurabilidad de un determinado riesgo, debemos recordar que, en línea de principio, cualquier interés lícito es asegurable, y que la determinación de la factibilidad de este en realidad va a estar determinada por la posibilidad de generar una prima necesaria que permita afrontar los siniestros. Esta prima ha sido denominada «la prima pura de riesgo», que, en el caso del ordenamiento jurídico peruano, según el artículo 2 inciso 'k' del Reglamento de Registro de Modelos de Pólizas y Requerimientos Mínimos de Notas Técnicas, ha sido definida en los siguientes términos:

Costo teórico del seguro estimado sobre bases o principios actuariales, cuyo objetivo es cubrir los beneficios e indemnizaciones que ofrece el seguro. Es la prima asociada al valor esperado de los siniestros del riesgo en cuestión, así como a otras obligaciones contractuales, considerando, en su caso, valores garantizados, el efecto de deducibles, coaseguros, salvamentos y recuperaciones, así como el margen para desviaciones, si son aplicables.

En el caso de las pandemias, consideramos que, en la medida en que no se contaba con una base actuarial, y específicamente para el caso de los seguros patrimoniales que estaban orientados a cubrir riesgos ordinarios asociados a la actividad empresarial, estaremos ante un riesgo no asegurable de manera generalizada. Por tal razón, la gran mayoría de autoridades de control y supervisión de seguros, así como las diversas asociaciones de empresas de seguros han destacado que ningún mercado presenta un sistema generalizado que cubre un riesgo pandémico, ya que ello solo sería factible mediante el respaldo del Estado; en caso contrario, se correría el riesgo de determinar la insolvencia del sistema asegurador con la consecuente crisis económica derivada de tal situación.

No obstante ello, podemos verificar que con ocasión de la pandemia anterior, generada por el virus de la Influenza A (H1N1) de 2009, el rubro de los seguros activó diversos seguros (generalmente los asociados a los del rubro salud y vida), lo cual determinó que la mayoría de aseguradoras procedieran a insertar exclusiones expresas sobre riesgo pandémico o a cobrar una prima extra. En el actual proceso frente al COVID-19, las aseguradoras de la mayoría de los países, sobre todo motivadas por orientaciones de responsabilidad social, han declarado que sí cubrirían, dentro de los límites pactados, el COVID-19; sin embargo, ello no ha ocurrido del mismo modo para los ramos patrimoniales.

En este último rubro, dado que por regla general no se cubre un riesgo pandémico, lo que se deberá hacer es tratar de buscar una excepción a dicha regla, la cual se debe presentar necesariamente mediante una cláusula que expresamente reconozca dicho riesgo. En consecuencia, el análisis debería estar exclusivamente concentrado en la determinación de la cobertura contratada según cada contrato de seguro. Esto último es relevante en la medida en que no se puede ofrecer una respuesta general para la pregunta «¿el COVID activa o no mi póliza?», ya que cada seguro implicará un nivel de riesgo diverso del otro.

No obstante ello, y como vimos en el acápite precedente, en tanto tradicionalmente el seguro de interrupción del negocio está asociado a un daño material, resulta evidente que como regla general el COVID-19, en vista de que no genera ni la pérdida ni la destrucción de los locales o los bienes asegurados, no activaría la cobertura.

Lo aquí señalado nos permite abordar la segunda problemática, más propia ya del seguro de interrupción del negocio, el cual no es otro que la inexistencia de un daño material en el caso del COVID-19, y, dado que tradicionalmente este seguro está asociado a un daño material, resulta evidente que como regla general el COVID-19, en tanto no genera ni la pérdida ni la destrucción de los locales o los bienes asegurados, no activaría la cobertura. Sin embargo, reiteramos, no existen respuestas únicas ni cerradas, ya que es bien conocido que en el mercado sí existen clausulados que: i) bien de manera consciente y, en consecuencia, cobrando una prima por ello, hayan aceptado la cobertura frente a supuestos no ligados a un daño o pérdida física; o bien ii) porque se tiene una redacción defectuosa y que plantee una duda razonable sobre si este es un riesgo admitido, en cuyo caso la falta de claridad beneficiaría al asegurado.

En la misma línea de desarrollo, McVey, líder de Siniestro de Property Marsh USA Inc. (una de las empresas corredoras de seguros más importantes a nivel mundial), frente a la pregunta ¿se puede presentar un reclamo por interrupción de negocios si un cliente se ve obligado a cerrar debido al brote de COVID?, señala que ello sí es posible, pero deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones (McVey, 2020):

- i) Verificar si existió algún daño físico.
- ii) ¿Se generó por un riesgo no excluido?
- iii) Si se trata de una evacuación o cierre ordenado por la autoridad, es posible que se active la cobertura, pero siempre debe revisarse la póliza.
- iv) Si se trata de una evacuación o cierre voluntario, es decir, si solo por temor decidió cerrarse el establecimiento, la posibilidad de que una compañía de seguros asuma las pérdidas es bastante limitada.
- v) Verificar si se contrataron coberturas adicionales de interrupción de negocios sobre la extensión de los supuestos de contaminación o si, por el contrario, el mismo está excluido.
- vi) Evidentemente, se pueden dar rechazos, ya que existirán diversas posiciones y opiniones sobre la necesidad del daño físico, la extensión del evento de contaminación y las eventuales exclusiones de esta.

Como ya indicamos, si bien en su gran mayoría las compañías de seguros han realizado diversas manifestaciones de solidaridad o responsabilidad social empresarial (lo que se traduce en donaciones u otorgamiento de beneficios excepcionales) en lo relativo al seguro de lucro cesante, han mantenido una posición casi unánime de que la mayoría de pólizas no cobertura el mismo, por lo cual no corresponde pagar en contra de lo señalado en los términos y condiciones de sus contratos.

Dicha posición ha sido respaldada por diversas instituciones encargadas de la regulación y supervisión del mercado. Así, por ejemplo, la autoridad francesa —esto

es, la Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)—, mediante comunicado de prensa de fecha 21 de abril de 2020,<sup>14</sup> señaló que:

La actual pandemia ha tenido un efecto múltiple en la industria de los seguros, pero no ha afectado a todos los actores del mismo modo, pero de manera general la mayoría de estas tendrán problemas en la recaudación de sus primas debido a que sus clientes se han visto afectados por una seria reducción de los ingresos financieros por el escenario de recesión mundial. Por lo cual, a efectos de que se mantenga la solvencia del sector asegurador, recomienda a las empresas supervisadas que procedan a fortalecer sus patrimonios, suspendan la distribución de dividendos a los accionistas y que sean sumamente prudentes con el cumplimiento de sus compromisos contractuales, lo cual si bien por un lado permite paliar la crisis ello no puede ser efectuado hasta llegar al punto de ponerlos en riesgo, por lo cual se debe evitar cubrir riesgos que están explícitamente excluidos de sus contratos. Finalmente, las pérdidas operativas relacionadas con una pandemia sí podrían cubrirse de manera global, contratara al cobro de una prima razonable pero sólo en los supuestos en los cuales estemos ante un modelo de seguro obligatorio debidamente respaldado o subsidiado por el Estado.

En un similar sentido, la International Association of Insurance Supervisors (IAIS), organización internacional que reúne de manera voluntaria a los órganos supervisores y reguladores de seguros de más de 200 jurisdicciones, dentro de las cuales se encuentra el Perú, mediante comunicado de prensa del 7 de mayo de 2020, señaló:

Si bien es cierto, el seguro es un servicio esencial en estos momentos de incertidumbre por la pandemia y su apoyo contribuye a la recuperación económica, no es menos cierto que en este contexto el mantenimiento de los márgenes de solvencia resulta más importante aún. Asimismo, ha centrado su discusión en la adecuada en lograr un equilibrio entre la tutela efectiva de los asegurados, el trato justo en un contexto tan problemático como el actual. (IAIS, 2020)<sup>15</sup>

Igualmente, la IAIS avala las medidas adoptadas por diversas autoridades de control y supervisión, tales como la adopción de disposiciones flexibles en relación con el pago de las primas, la reducción de estas y el eventual aumento voluntario de la cobertura para el caso de trabajadores de primera necesidad (por ejemplo, los profesionales de la salud que están combatiendo contra el COVID-19). Y si bien reconoce la necesidad de un pago rápido y eficiente de los supuestos en los cuales, efectivamente, una cobertura de pandemia esté debidamente contratada, también advierte del peligro que se puede derivar de medidas o iniciativas legales que pretenden obligar a las aseguradoras a cubrir retroactivamente pérdidas relacionadas

---

14 ACPR (21 abril 2020). Communiqué de presse: Les incertitudes sur l'ampleur des impacts de la crise imposent une gestion prudente des fonds propres des assureurs. Recuperado de [https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20200421\\_cp\\_engagements\\_fonds\\_propres.pdf](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20200421_cp_engagements_fonds_propres.pdf)

15 IAIS (7 de mayo de 2020). Facilitates global coordination on financial stability and policyholder protection during Covid-19 crisis. Recuperado <https://www.iaisweb.org/page/news/press-releases/file/90189/press-release-financial-policy-makers-discuss-responses-to-covid-19-with>

con el COVID, tales como las de interrupción del negocio, que no se encuentran cubiertas o incluso estén expresamente excluidas, en la medida en que el costo de los reclamos no tiene ningún respaldo en las primas cobradas por los seguros; ello podría desencadenar un escenario de insolvencia material, que a su vez, puede debilitar el sistema asegurador y determinar el impago de otros reclamos (debidamente coberturados), lo cual, finalmente, podría agravar aún más la actual situación.

Finalmente, como se ha podido verificar, existe una posición generalizada, y sumamente razonable, que establece que la pandemia *per se* no es parte de la cobertura de un seguro ordinario, y que por el contrario deberán buscarse excepciones dentro de la póliza. Ello obliga a los agentes involucrados en una atención de reclamo a efectuar un correcto y exhaustivo análisis de causalidad, es decir, a establecer cuál fue el evento o riesgo que realmente causó la pérdida económica y, en consecuencia, determinó la necesidad de activar la cobertura. Así, por ejemplo, en ciertos casos no será el COVID-19 el que realmente genere la pérdida, sino otra causa, como por ejemplo el acto voluntario del asegurado (como se da en el caso de cierre voluntario del establecimiento por temor a que se desarrolle un contagio en dicho local), o incluso en los casos en los que, como consecuencia del cumplimiento de una orden de autoridad, se debe cerrar el negocio. En estos casos corresponderá analizar si estas causas se encontraban —o no— cubiertas por el seguro.

## **6. ¿Cómo se han gestionado los reclamos de cobertura por COVID-19 en los mercados del extranjero?**

El mercado peruano, en líneas generales, es uno que puede calificarse como incipiente, esto es, uno en el cual no existe una verdadera cultura de seguros, y la comercialización de estos, en su gran mayoría, se encuentra enfocada en el sector empresarial (formal) y en los sectores A y B de la población. No obstante ello, se considera que existe aún un importante espacio y proyección de crecimiento de los seguros en los años siguientes.

En dicho escenario resulta más importante aún estar atentos a los desarrollos y reacciones de los mercados extranjeros que presentan un desarrollo institucional más sólido en relación con los seguros, países en los cuales no solo los órganos de control y de supervisión en materia financiera y de seguros y los órganos jurisdiccionales responden activamente ante aspectos controversiales, sino que también lo hacen los propios clientes, bien a través de asociaciones de consumidores o incluso mediante los órganos de representación política nacional, ejerciendo un fuerte control sobre la labor de las empresas de seguros.

Por tal razón, de manera previa a analizar cómo se ha ido —y se viene— desarrollando la problemática del reclamo de las coberturas del seguro de interrupción de negocio por COVID-19 en nuestro país, hemos efectuado una pequeña reseña sobre cómo han respondido otros fueros frente a la misma problemática, con especial atención a la jurisdicción francesa, en la medida en que esta ya presenta un pronunciamiento judicial relevante.

## **Francia**

La experiencia en el mercado francés resulta sumamente interesante, pues el gremio de aseguradoras francesas, representadas por la Fédération Française de l'Assurance (FFA), manifestó desde un inicio que abordarían la problemática del COVID-19 con solidaridad hacia la ciudadanía y sus clientes, razón por la cual, con fecha 23 de marzo de 2020, anunciaron que habían presentado al ministro de Economía y Finanzas, Sr. Bruno Le Marie, medidas de emergencia concretas, entre las cuales destacaban las siguientes: i) contribución de 200 millones de euros a favor del Fondo de Solidaridad estructurado por el Gobierno francés a favor de pequeñas empresas, profesionales independientes y artesanos; ii) mantención de la cobertura de los seguros a pesar de que los clientes incurrieran en incumplimiento del pago de las primas, procediéndose a reprogramarlas; iii) otorgamiento de beneficios sociales excepcionales a favor de sectores vulnerables, tales como personas con enfermedades crónicas; iv) otorgamiento de asesoramiento al Estado para elaborar un esquema asegurativo en el sector salud que permita afrontar futuras pandemias (FFA, 2020).<sup>16</sup>

Sin embargo, al momento de abordar la problemática de los seguros de interrupción del negocio, las compañías de seguros comenzaron a mostrarse reacias a admitir tal problemática, lo cual generó fuertes reclamos que fueron recogidos por la senadora del Partido Socialista Sylvie Robert. Desde el 31 de marzo de 2020, esta senadora ha instado al Ministerio de Economía y Finanzas para que se adopten medidas legislativas específicas a favor de pequeñas empresas y negocios de artesanos,<sup>17</sup> quienes a pesar de contar con seguros patrimoniales no podrían activarlos para trasladarles las pérdidas operativas derivadas de la orden de gobierno del 17 de marzo de 2020, en la medida en que las pérdidas no se han dado como consecuencia de un daño material y ello está excluido. Por lo cual, a modo de propuesta, solicitó que se ordenara a las aseguradoras que emitieran endosos retroactivos en los cuales se admitía expresamente la cobertura por pandemia.

Tales propuestas fueron fuertemente criticadas por la FFA, por intermedio de su presidenta Florence Lustman, quien se mostró reacia a considerar que las coberturas se habían activado en la medida en que el riesgo de pandemia estaba en su gran mayoría excluido de las pólizas, señalando lo siguiente:

Escuché que muchos se preguntan sobre nuestro papel en esta crisis y nos piden que vayamos mucho más allá de lo que nos comprometimos en nuestros contratos y que sirvió de base para calcular las primas. Las aseguradoras desafortunadamente no pueden hacer milagros con el dinero que se les ha confiado. Las autori-

---

16 FFA, Coronavirus: les assureurs se mobilisent et annoncent de nouvelles mesures exceptionnelles pour protéger les personnes et les entreprises les plus impactées par le virus COVID-19, 23 de marzo de 2020, en <https://www.ffa-assurance.fr/actualites/coronavirus-les-assureurs-se-mobilisent-et-annoncent-de-nouvelles-mesures-exceptionnelles>

17 Ouest-France, Coronavirus (31 de marzo de 2020). La sénatrice Sylvie Robert veut que les assurances paient les pertes d'exploitation, recuperado de <https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/coronavirus-la-senatrice-sylvie-robert-veut-que-les-assurances-paient-les-pertes-d-exploitation-6796820>

dades de seguros europeas y estadounidenses nos acaban de recordar: «obligar a las aseguradoras a cubrir retroactivamente los riesgos no cubiertos en sus contratos expondría al sector a riesgos de insolvencia que debilitarían la protección de los asegurados, la estabilidad de los mercados y, en última instancia, empeorar la crisis actual». Por lo tanto, es esencial que las aseguradoras mantengan el shock bajo pena de empeorar considerablemente la crisis actual. Las pérdidas operativas de las empresas francesas debido al encierro indudablemente ascenderán a decenas de miles de millones de euros, una suma que ningún actor aparte del Estado puede soportar solo. Es por esta razón que el seguro nunca interviene en caso de una epidemia, revolución o guerra porque las consecuencias de tales eventos están simplemente fuera del alcance. El principio del seguro es la mutualización: funciona cuando puede distribuir un riesgo entre sus asegurados, es decir, utilizar las primas del mayor número de personas que no se ven afectadas para compensar a los que sufren desastre. Obviamente imposible en el caso de un evento que afecta a todos al mismo tiempo y con toda su fuerza [...]. (Lustman, 2020)

En el mismo sentido, Luc Mayaux, profesor de la Universidad Jean Moulin – Lyon III y director del Instituto de Seguros de Lyon, señalaba que, al 2 de abril, ninguna aseguradora había cubierto el COVID-19, en la medida en que para que ello fuera posible se requería contratar una cobertura adicional por pandemia con el respectivo pago de una extraprima, lo cual no se había dado en el mercado francés. Así mismo, justificaba la posición de resistencia de las aseguradoras sobre la base de los siguientes argumentos: i) la dificultad de determinar la causa del siniestro, y si bien una pandemia puede ser identificada, no lo sería por ejemplo la mala gestión del asegurado frente a esta; ii) por la ausencia de un daño tangible o daño físico existe un alto riesgo de reclamaciones fraudulentas; iii) en caso se aceptase pagar el COVID, dada su difusión generalizada, la compañía, a efectos de no incurrir en incumplimientos e insolvencia, ofrecerá un monto muy limitado que no satisfará en modo alguno al cliente; y, iv) es sumamente difícil la evaluación del siniestro, cuando es posible que la actividad se reanude rápidamente, lo cual paliaría de manera total o parcial las anteriores pérdidas (Mayaux, 2020).

Sin embargo, evidentemente por la presión ejercida por los clientes y por cuestiones de orden reputacionales, en la práctica, algunas aseguradoras han ido cambiando su postura original. Es así cómo, a pesar de que originalmente los reclamos del rubro de restaurantes fueron rechazados, por ejemplo, la aseguradora BPCE IARD (subsidiaria conjunta de NATIXIS ASSURANCES y COVÉA) «está evaluando el otorgamiento de la cobertura a favor de un sector del rubro restaurantes, por un valor estimado no menor a 100 millones de euros» (Acedo, 2020). Se debe indicar que no toda la cartera de sus clientes se ve beneficiada con tal cambio de postura: solo lo serían aproximadamente 400 restaurantes que tienen suscrito un seguro de interrupción del negocio que contempla una cláusula adicional de cobertura por cierre administrativo vinculado a una pandemia. Si bien dicha cobertura tenía mayor presencia en el mercado francés, con posterioridad a la pandemia de SARS de 2003 se consideró eliminada a menos que expresamente se estipulara en la póliza. La compañía también aclaró que aquellas actividades no comprendidas en la restricción del decreto del 14 de marzo de 2020 no podrían activar la cobertura adicional.



Ante tal reacción, las diversas asociaciones de consumidores y gremios profesionales solicitaron a las demás compañías seguir el ejemplo de BPCE IARD y proceder a evaluar reclamos similares no solo en el rubro restaurantes sino, en general, frente a cualquier sector afectado por las actuales restricciones.

Una postura completamente distinta ha sido la adoptada por AXA FRANCE, quien frente a los reclamos de sus clientes ha negado sistemáticamente que sus pólizas ofrezcan una cobertura que pueda activarse como consecuencia de la actual pandemia. Uno de estos clientes, el Grupo Eclore (que contrató un seguro a favor de sus cuatro restaurantes: Le Bistrot d'à côté Flaubert, Maison Rostang, Contraste y Substance), ante la negativa, procedió a interponer una demanda ante el Tribunal de Commerce de Paris al considerar que la compañía de seguros está evadiendo sus responsabilidades, cuyo cumplimiento exige desde el 17 de marzo, siendo que incluso una de las cuatro pólizas (la de Le Bistrot d'à côté Flaubert) expresamente contemplaba una cláusula adicional de pérdidas operativas derivadas de un cierre administrativo impuesto por la policía o los servicios de salud o seguridad. Sin embargo, el 8 de abril la compañía rechazó completamente la cobertura.

En juicio, AXA se defendió alegando lo siguiente: i) el juzgado es incompetente en la medida en que el presente caso no cumple con los requisitos de urgencia y, adicionalmente, se debe efectuar un profundo análisis sobre la relación contractual representada en la póliza, por lo cual el procedimiento sumario no es la vía indicada, debiendo en todo caso derivarse la causa al juzgado de primera instancia; ii) en caso el juez se declare competente, la demanda debe ser declarada infundada en tanto el riesgo de pandemia es un riesgo no asegurable; iii) en caso se considere que estamos ante un riesgo asegurable, la pretensión se debe rechazar debido a que el decreto de 14 de marzo de 2020 no constituye una orden de cierre administrativo (ya que lo que se prohibía era el acceso del público) y que, en todo caso, el cierre se debió a una decisión voluntaria del asegurado; iv) cuestiona el monto solicitado alegando que este se sustenta sobre una proyección de pérdidas computadas hasta el 15 de julio de 2020; sin embargo, el gobierno ha indicado que la reactivación económica se producirá en junio, por lo cual ese período es incierto y, en todo caso, debe designarse a un perito para que cuantifique las pérdidas operativas reales.

El 15 de mayo de 2020, el Tribunal de Commerce de Paris emitió su resolución *Maison Rostang vs. AXA FRANCE IARD*,<sup>18</sup> en la cual declara lo siguiente:

- i) Que sí es competente en la medida que el demandado ha acreditado la urgencia de su requerimiento de tutela en la existencia de pérdidas operativas significativas;
- ii) Sobre el argumento de la inasegurabilidad de la pandemia, el Tribunal rechaza el mismo indicando que, si bien tal debate teórico y económico es interesante, lo que en realidad se está discutiendo en juicio es la aplicación de un contrato en particular, y en tanto no existe alguna norma de orden público que establezca que la pandemia es inasegurable, sería responsabilidad de la aseguradora excluirla de manera expresa, lo cual no se verifica en el contrato suscrito por las partes;

---

18 *Maison Rostang vs. AXA FRANCE IARD*. Reg. 2020017022, Tribunal de commerce de Paris, 15 de mayo de 2020.

iii) En relación a la orden de gobierno se destacó que bajo la ley francesa tanto una decisión del prefecto como del Ministerio de Salud pueden ser consideradas decisiones administrativas; iv) Sobre el argumento de orden causal se indicó que AXA FRANCIA AIRD también menciona que el decreto del 14 de marzo de 2020 no impone el cierre del establecimiento, sino sólo para no seguir atendiendo al público y que por esto último está autorizado a mantener su actividad de delivery, para concluir que el establecimiento se cerró sólo por la decisión del empresario que no quiso realizar delivery. Observamos que Le Bistrot d'à côté Flaubert nunca ha llevado a cabo delivery y que, por lo tanto, no se autorizó la operación de dicha actividad. Suponiendo que esta actividad fuera posible, el hecho de no haberla utilizado no elimina la prohibición de no recibir más al público, lo que es fundamental, para un restaurante tradicional. La prohibición de recibir al público es, de hecho, un cierre administrativo total o parcial del restaurante. (Tribunal de Commerce de Paris, 2020)

Por todo lo señalado, concedió el pedido de provisión preventiva, estableciendo que el mismo debía ser determinado por un perito en caso las partes no llegaran a un acuerdo sobre él, condenó al pago de 5000 euros por gastos devengados, así como al pago de costas y costos.

Dicha resolución fue notificada a las partes el 22 de mayo de 2020, y fue puesta en conocimiento del público por Stéphane Manigold, presidente del grupo Eclore, resolución que está generando una gran expectativa para otros negocios que ven este caso como un importante precedente. Por su parte, AXA FRANCE ha señalado que la misma no es una decisión final, en tanto procederá a interponer el respectivo recurso de apelación, y que en todo caso la gran mayoría de sus clientes no están en la misma posición que el demandante, debido a que muy pocos de sus contratos tienen una cobertura adicional por cierre administrativo.

Como puede observarse, la discusión actual sobre el seguro de interrupción de negocio se encuentra plenamente en boga en dicho fuero y, por el momento, parecería que la admisión de la procedencia de la cobertura de interrupción del negocio se está resolviendo a favor de los asegurados.

## ***Inglaterra***

En el caso del mercado inglés, la reacción ha sido sumamente conservadora: el gran colectivo de aseguradoras, representadas por la Association of British Insurers – ABI,<sup>19</sup> han considerado que, de manera general, las pólizas comercializadas en el mercado cubren riesgos cotidianos y requieren la producción de algún evento físico en las instalaciones. Sin embargo, reconocen que existen diversas pólizas que sí contemplan la cobertura, sea de manera expresa o en aquellos casos en los cuales una redacción poco clara se orienta en tal sentido. Así mismo, se ha señalado que las pólizas que contemplen el riesgo de enfermedades transmisibles normalmente están pensadas para eventos particulares y no generalizados, por lo cual se exige

---

19 ABI (2020). Recuperado de Business Insurance, en Coronavirus (COVID-19). Information Hub. En <https://www.abi.org.uk/products-and-issues/topics-and-issues/coronavirus-hub/business-insurance/>



que la enfermedad o el virus necesariamente se hayan presentado en el establecimiento, y que como consecuencia de ello el local deba cerrarse y desinfectarse por orden de la autoridad, por lo cual se estima que el conjunto de negocios que realmente gocen de cobertura sea un número limitado.

Por otro lado, sobre compañías de seguros se han comprometido, frente a los casos cubiertos, a efectuar el pago a la mayor brevedad posible, siendo que, en relación con el posible costo asumido por dicho mercado, con fecha 20 de mayo de 2020, Huw Evans, presidente de ABI, respondió públicamente a las interrogantes y reclamos del sector dedicado a la venta de bebidas alcohólicas y los bares-*pubs* lo siguiente:

Por lo general, las empresas están protegidas contra los riesgos cotidianos, como daños a las instalaciones por incendio o inundación, accidentes automovilísticos, fallas del proveedor y daños a los empleados. El año pasado, solo en el Reino Unido, este tipo de reclamos diarios de las empresas ascendieron a £ 7,8 mil millones. La cobertura de interrupción de negocios generalmente se basa en algo específico que sucede en las instalaciones físicas, no en todo el país [...]. Nuestra última estimación, informada por los datos de nuestros miembros para respaldar nuestra respuesta a las preguntas del Comité de Selección del Tesoro, es que los aseguradores pagarán £ 900 millones a las empresas por la interrupción como resultado de la crisis de COVID-19 como parte de un estimado de £ 1.700 millones de pagos de seguros en el Reino Unido de miembros de ABI y Lloyd's of London. (ABI, 2020)<sup>20</sup>

Por su parte, la Financial Conduct Authority – FCA, en su oportunidad, procedió a emitir públicamente una comunicación del 15 de abril de 2020, dirigida a los gerentes legales de las compañías de seguros y a sus clientes, en la cual señaló que:

A criterio de dicha entidad, el gran grueso de pólizas se basaba en daños a la propiedad y que en consecuencia sólo ofrecían una cobertura básica, por lo que resultaba poco probable que se genere una oleada de pagos a cargo de las aseguradoras. Sin embargo, también se habían identificado algunas pólizas que cubrían la interrupción del negocio por otras causas, como por enfermedad infecciosa; por denegación de accesos sin daños y cierres administrativos y otras restricciones de la autoridad pública en los cuales sí se deberá brindar la cobertura. (FCA, 2020)<sup>21</sup>

Sin embargo, y no obstante el compromiso de celeridad en el pago, la FCA ha establecido que aún existe un elenco de dudas e interrogantes en relación con la forma cómo se van a ir interpretando las pólizas, razón por la cual, en coordinación con el defensor del Pueblo en materia financiera, han adoptado como iniciativa la

---

20 ABI (20 de mayo de 2020), ABI responds to open letter from beer and pub industry coalition, recuperado de <https://www.abi.org.uk/news/news-articles/2020/05/abi-responds-to-open-letter-from-beer-and-pub-industry-coalition/>

21 FCA (2020), recuperado de <https://www.fca.org.uk/publication/correspondence/dear-ceo-insuring-sme-business-interruption-coronavirus.pdf>

elaboración e interposición de una demanda declarativa ante la Corte Suprema,<sup>22</sup> a efectos de que cualquier duda sobre los alcances interpretativos sea finalmente superada.

Cabe igualmente destacar que el gremio reasegurador, representado por Lloyd's, ha adoptado una postura más reservada aún, en la medida en que, como respuesta a la actual pandemia y a las que posteriormente podrían acontecer, ha elaborado una nueva cláusula adicional, denominada LMA5393 Clause<sup>23</sup> (Communicable Disease Endorsement) para uso en pólizas de propiedad, esto es, un endoso de enfermedades transmisibles, con lo cual no solo el COVID estaría excluido sino cualquier enfermedad por virus, bacteria y demás. Esta decisión tiene sin lugar a dudas un efecto dominó sumamente relevante, ya que los clientes de Lloyd's —esto es, las aseguradoras nacionales—, a efectos de no verse desprotegidos, procederán a insertar en sus pólizas la misma cláusula, la cual evidentemente no puede ser inserta en estos momentos, sino hasta la próxima renovación de las pólizas, situación que puede afectar gravemente a los clientes que han renovado sus seguros en medio de la pandemia, o bien a aquellos cautivos, o que se presenten con posterioridad, como podría ser el caso de los reclamos de D&O.

## **7. El estado de la cuestión en el mercado peruano**

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, se plantea como regla general que los seguros patrimoniales no contemplen dentro de sus coberturas al lucro cesante, el cual incluso es expresamente excluido en las pólizas que se comercializan en el mercado. Una aseguradora estará obligada al pago de estos conceptos únicamente cuando expresamente lo estipule, de conformidad con lo señalado en el artículo 83 de la Ley del Contrato de Seguro.

Actualmente, del total de compañías de seguros autorizadas en nuestro país, solo cinco comercializan este producto:

- i) Chubb Perú S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros.
- ii) La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.
- iii) Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros.
- iv) Rímac Seguros y Reaseguros.
- v) Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros.

Que, de la revisión de los modelos registrados ante la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS, según lo dispuesto por el Reglamento de Registro de Modelos de Pólizas y Requerimientos Mínimos de Notas Técnicas, hemos podido verificar

---

22 FCA. Business interruption insurance during the coronavirus pandemic – High Court test case 15 de mayo de 2020. En <https://www.fca.org.uk/news/statements/business-interruption-insurance-during-coronavirus>

23 Lloyd's (2020). Recuperado de [https://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Wordings/LMA/lma\\_wordings.aspx?hkey=d2594463-c8f3-4dcc-8907-0791904224c0](https://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Wordings/LMA/lma_wordings.aspx?hkey=d2594463-c8f3-4dcc-8907-0791904224c0)

que la totalidad de los seguros, en su forma básica, presentan como nota común las siguientes características:

- i) La necesaria presencia de un daño o pérdida en los almacenes o bienes del asegurado, que desencadene la pérdida de beneficios.
- ii) La existencia de una condición presente, la cual consista en que el seguro primario también se haya activado y exista un pronunciamiento positivo por parte de los aseguradores sobre el mismo.

En el escenario descrito, se colige que las pólizas no podrían activarse ante riesgos o daños intangibles, tales como el COVID-19, por lo cual se puede sostener válidamente que, como regla general, como ocurre en los otros países, un cliente solo podrá acceder válidamente si logra encontrar algún supuesto de excepción dentro de las condiciones particulares o especiales.

Llegado este punto, debemos indicar que, a la fecha, tanto las compañías de seguros como los clientes y bróker se encuentran revisando sus pólizas, bien para medir su exposición al riesgo, bien para verificar si pueden compensar las pérdidas sufridas por la coyuntura. Y debemos destacar que, a diferencia de los otros países, nuestra SBS ha adoptado una posición bastante parca, en la medida en que no ha emitido ninguna nota de prensa, Q&A ni, mucho menos, alguna propuesta normativa. La representación política tampoco ha prestado atención a este problema.

Atribuimos tal situación a la baja penetración de este tipo de seguros, contratado por lo general en nuestro medio por las grandes empresas, y en mucho menor medida por las pymes; así como al total desconocimiento de la materia (dada la falta de cultura de seguros).

No obstante ello, hemos podido verificar que, en la práctica, se han presentado diversos clausulados que, apartándose del modelo general de la cobertura de lucro cesante (normalmente en su forma inglesa o también denominada Cédula A), establecen escenarios en los cuales se ofrece, con un sublímite menor al del lucro cesante general, coberturas no asociadas a la necesaria destrucción de las instalaciones y/o bienes del asegurado.

Específicamente, nosotros hemos identificado, sin que este sea un elenco cerrado o excluyente, las siguientes cláusulas y condiciones especiales, generalmente relacionadas con el lucro cesante contingente, esto es, aquel generado como consecuencia de la afectación de un sujeto diverso al asegurado, pero respecto del cual depende para la realización o desarrollo de la actividad económica:

- i) Cláusula de extensión de interrupción e interdicción de accesos.
- ii) Cláusula de lucro cesante contingente por clientes.
- iii) Cláusula de lucro cesante contingente por proveedores.
- iv) Cláusula de lucro cesante contingente por falla en el suministro de energía eléctrica, agua y otro servicio público.
- v) Cláusulas que establezcan la clausura, suspensión o evacuación de los predios por orden de la autoridad.

vi) Cláusulas que establezcan la clausura, suspensión o evacuación producida por enfermedad contagiosa en los predios.

Como ya indicamos en los acápite precedentes, el análisis en todos los casos siempre debe hacerse de cara al contrato de seguro en concreto; sin embargo, en su gran mayoría las cláusulas i), ii), iii) y iv) aluden, en su redacción, a la producción de un incendio o algún otro daño o pérdida material en los locales y/o bienes de estos terceros, por lo cual resulta claro que no constituyen una excepción a la regla de la necesidad de la presencia de un daño material. No obstante, y de manera aislada, se ha podido verificar supuestos en los cuales esta referencia no está presente, por lo cual se abre algún espacio a la interpretación, teniéndose en cuenta que, en el supuesto de que estos terceros no se encuentren dentro del listado de actividades restringidas, evidentemente estas no podrían generar un reclamo de cobertura.

El análisis resulta más complejo en el caso de la cláusula v), la cual, según hemos verificado, se presenta en algunas pólizas bajo diversas redacciones. Así, un relevante grupo de clausulados, si bien es cierto alude al cierre administrativo o por mandato de la autoridad, indica que igualmente es necesario el daño físico. En estos casos, obviamente, un reclamo por COVID-19 no prosperaría.

Por el contrario, en los supuestos en los cuales únicamente se hace referencia al cierre administrativo sin efectuar mayor condicionamiento, se podría considerar que efectivamente estamos ante un supuesto de excepción, en el cual, si bien no ha mediado daño físico, se está ante un evento que imposibilita el ejercicio normal de la actividad comercial.

Pero ¿la sola comprobación de dicha condición excepcional habilita la activación de la cobertura? La respuesta es un rotundo no, ya que para que ello ocurra se debe comprobar lo siguiente:

- i) Que las actividades no se encuentren en los supuestos de las actividades autorizadas. Ello es lo primero que un ejecutivo de siniestro o un ajustador de seguros debe verificar, ya que en este escenario la empresa pudo continuar con sus labores, y si bien podría haber presentado una reducción de su nivel, no se ha presentado el presupuesto fáctico mínimo, esto es, la interrupción del negocio.
- ii) Se debe tener presente que, en la medida en que se está procediendo con una reactivación gradual de las actividades, una actividad originalmente prohibida al momento de la solicitud de la cobertura, o incluso que durante la gestión del siniestro pueda reactivarse, pone un punto de cierre a la indemnización derivada del seguro.
- iii) El análisis estricto de los alcances del dispositivo legal que establece tal prohibición.

En efecto, debemos tener presente que, en materia de seguros, corresponde aplicar el principio de literalidad, obrante en el artículo IV, inciso séptimo, del Título Preliminar de la LCS, cuyo tenor es el siguiente: *La cobertura, exclusiones y, en general, la extensión del riesgo, así como los derechos de los beneficiarios, previstos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente.*

La referencia es importante en la medida en que este tipo de cláusulas señalan como supuestos expresos (y taxativos) los siguientes: *clausura, suspensión o evacuación* de los predios o establecimientos.

Es decir, en caso la orden de gobierno no disponga alguno de estos tres supuestos, resulta razonable sostener que igualmente la cobertura no se activaría.

Debemos tener presente que el artículo 7.1 del Decreto Supremo N° 044-2020 en realidad no procedió a adoptar ninguna de estas medidas; por el contrario, lo que ordenó fue *la suspensión del acceso al público a los locales y establecimientos*, por lo cual esta norma *per se* no puede ser el sustento del reclamo de cobertura.

Entonces, en tanto el artículo 11 del mencionado decreto supremo da pie a que las autoridades municipales y regionales desarrollen tal prohibición, la procedencia —o no— de la cobertura dependerá de la forma cómo se ha redactado la norma específica (por ejemplo, una ordenanza) dentro de la jurisdicción en la que se ubica el establecimiento del asegurado.

Las mismas reglas de análisis aquí desarrolladas deben aplicarse para la condición especial vi), siendo que debemos precisar, nuevamente sobre la base del principio de literalidad, que las mismas expresamente exigen que el evento de contaminación haya ocurrido en el establecimiento; es decir, no basta que se presente en el país el virus, sino que, al estilo de la *praxis* inglesa, se requiere que el mismo, de manera certera y concreta, se haya presentado en los locales del asegurado y que ello haya determinado el cierre del local.

## 8. Conclusiones

El COVID-19 ha tenido un impacto negativo en la economía mundial y nacional, y ha generado una drástica reducción de los diversos sectores, lo cual impone un reto a los diversos gobiernos y al mismo empresariado.

El contrato de seguro —y, específicamente, el seguro de interrupción de negocio— puede contribuir a compensar o reducir dicho impacto, siempre y cuando se haya pactado una cláusula excepcional que no supedite su activación a un evento o daño físico; en caso contrario, la aseguradora se encontraría imposibilitada y prohibida de pagar un reclamo y ninguna autoridad legislativa y/o jurisdiccional podría imponerle esta obligación, ya que ello implicaría desconocer los alcances del artículo 325, inciso 4, de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, Bancario y de Seguros, que prohíbe el pago en exceso de las indemnizaciones pactadas, por lo cual resulta razonable considerar que a mayor razón también está prohibido efectuar un pago sin la existencia de un pacto o, mejor dicho, un riesgo pactado. Esto también se condice con la importancia del principio de asegurabilidad en el derecho de los seguros, así como con la idea indiscutible de que la aseguradora solo responde por los riesgos expresamente asumidos y previstos en el contrato. Solo la concreción de estos se vuelve un siniestro en el sentido técnico de la palabra.

## Referencias

- Acedo, Sébastien (2020, 20 de abril). Coronavirus: un assureur accepte d'indemniser des restaurateurs. Recuperado de <https://www.argusdelassurance.com/les-assureurs/coronavirus-un-assureur-accepte-d-indemniser-des-restaurateurs.163731>
- Díaz-Granados Prieto, Juan José (2015). El interés asegurable como un elemento esencial del contrato de seguro de daños: *RIS*, Bogotá (Colombia), 42(24): 111-164, enero-junio.
- Jaén García, Manuel, & Molina Morales, Agustín (1994). La economía matemática y la controversia sobre la utilización de las matemáticas en la economía. *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, 26, pp. 25-46.
- LBI. (2010). Guide to business interruption insurance and Claims. Recuperado de <http://london-bia.org/lectures/LBIABIManual.pdf>
- Lustman, Florence (2020, 2 de abril). Mais que font les assureurs dans cette crise? *Tribune de Florence Lustman*. Recuperado de <https://www.ffa-assurance.fr/actualites/mais-que-font-les-assureurs-dans-cette-crise-tribune-de-florence-lustman>
- MacVey, Paul (2020, 23 de marzo). Business continuity and coronavirus: your questions answered. Recuperado de <https://www.brinknews.com/business-continuity-and-corona-your-questions-answered/>
- Mayaux, Luc (2020, 2 de abril). Assurance et coronavirus: le drame des pertes sans dommage. Recuperado de <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/assurance-et-coronavirus-le-drame-des-pertes-sans-dommage/>
- Narváez Bonnet, Jorge Eduardo (2011). Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños. *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, 34(20), pp. 162-163.
- OMS. (2020). Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19).
- Porta, Miquel (Ed.) (2020). *Dictionary of epidemiology*. New York: Oxford University Press.
- Tabares Cortés, Felipe (2016). El evento desencadenante de la garantía de lucro cesante y el término de la prescripción ordinaria. *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, 45 (25), pp. 151-184.
- Tirado Suárez, F. J. (2005). Seguro de lucro cesante. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/2018* (pp. 1101-1105). Navarra: Editorial Aranzadi.
- Veiga Copo, Abel (2020). Algunos seguros o ramos en particular. En *Guía práctica del seguro ante el COVID-19* (e-book). Navarra: Editorial Aranzadi.
- Vinelli Ruiz, Marco, & Maurer Fossa, Alberto (2020, 24 de abril). Impacto del COVID-19 en el empleo en el Perú. *Conexión ESAN*. Recuperado de <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2020/04/24/impacto-del-COVID-19-en-el-empleo-en-el-peru/>

# **DERECHO COMERCIAL**





# **Continuidad de las sociedades durante los desastres mediante la celebración de juntas de accionistas y sesiones de directorio**

*Mariano Peró Mayandía*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



*Las plagas, en efecto, son una cosa común, pero es difícil creer en las plagas cuando las ve uno caer sobre su cabeza. Ha habido en el mundo tantas pestes como guerras y sin embargo, pestes y guerras cogen a las gentes siempre desprevenidas. [...] La plaga no está hecha a la medida del hombre, por lo tanto el hombre se dice que la plaga es irreal, es un mal sueño que tiene que pasar. Pero no siempre pasa, y de mal sueño en mal sueño son los hombres los que pasan...*

Albert Camus. La peste

## **1. Introducción**

Ante el brote del COVID-19 en el Perú en marzo de 2020, y la aprobación de subsecuentes decretos supremos que declararon y prorrogaron el estado de emergencia nacional y dispusieron el aislamiento social obligatorio de las personas —restringiendo la circulación por las vías de uso público únicamente a las personas que prestasen y buscasen acceder a servicios y bienes esenciales—, han sido muchas las empresas peruanas que se han encontrado en dificultades para convocar y celebrar juntas de accionistas y sesiones de directorio con el fin de continuar con su marcha social y adoptar las medidas extraordinarias que han sido necesarias en este contexto.

Un agravante particular ha sido el hecho de que estas medidas empezaron a ser implementadas en el momento en que estaba por vencer el plazo para que las sociedades celebrasen sus juntas obligatorias anuales (dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, es decir, entre enero y marzo de cada año), en las que deben pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos expresados en los estados financieros del ejercicio anterior, resolver sobre la aplicación de las utilidades, elegir a los miembros del directorio y fijar su retribución, designar a los auditores externos, y resolver sobre los demás asuntos que les sean propios y otros consignados en la convocatoria.

Las opciones con las que contaban dichas empresas dentro del marco normativo dependían de si se trataba o no de sociedades reguladas y supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) o la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y, asimismo, de si la legislación y sus estatutos les permitían celebrar juntas de accionistas o sesiones de directorio no presenciales (o tomar de-

cisiones fuera de sesión de directorio), así como los requisitos de convocatoria de dichos órganos y de formalización de las actas correspondientes (Perú, 23 de marzo de 2020).

Por lo tanto, esta situación ha puesto a prueba nuestra legislación societaria, registral del mercado de valores y financiera, y a los estatutos de las empresas peruanas, y ha evidenciado que, en numerosos casos, estos eran deficientes y poco útiles para enfrentar situaciones como la de una pandemia que impida que los funcionarios de una compañía se reúnan de manera presencial. La migración hacia una «nueva normalidad» en la que el teletrabajo o trabajo a distancia tome un rol más preponderante en el funcionamiento de las empresas, y la posibilidad de que ocurran nuevos desastres similares en el futuro, nos obligan a evaluar y adaptar nuestra normativa y estatutos para anticipar estos escenarios y lograr que la adopción de los acuerdos societarios sea más ágil y eficiente, con la finalidad de facilitar la marcha de las sociedades y evitar mayores reveses en sus operaciones.

Es así cómo, en este artículo, haremos una reseña de la regulación actual sobre la celebración de las juntas de accionistas y sesiones de directorio, para recontar cómo el Estado peruano (principalmente a través de la SMV y la SBS) ha enfrentado la problemática de su realización en el contexto de la pandemia por el COVID-19 y el estado de emergencia nacional, y concluir con propuestas y recomendaciones para una mejor regulación de estas mirando hacia el futuro.

## **2. Regulación de las juntas de accionistas y sesiones de directorio**

Las sociedades, en tanto ficciones jurídicas, requieren de la participación y funcionamiento de sus órganos sociales para formar su voluntad y decidir, por la mayoría de los votos que establecen la ley y sus estatutos, la realización de las actividades económicas que configuran su objeto social, permitiendo su actuación y representación frente a terceros. Por ello la actividad de los órganos sociales es indispensable para que las sociedades realicen su objeto social, adquieran derechos y contraigan obligaciones, siendo la junta general de accionistas y el directorio los órganos colegiados principales que definen la política general de una sociedad.

Ahora bien: toda vez que la junta de accionistas y el directorio son órganos colegiados no permanentes de la sociedad, por lo que no tienen un funcionamiento estable —a diferencia de lo que ocurre con la gerencia, que actúa individual y directamente—, es importante propiciar las condiciones para que puedan reunirse, mediante el cumplimiento de las formalidades para la convocatoria y celebración de las reuniones mandadas por ley.

### **2.1. La junta general de accionistas**

La junta general de accionistas es el órgano supremo de formación de la voluntad social de la sociedad y se encuentra conformada por los titulares de acciones representativas del capital social (o por sus representantes), siendo un ente distinto de sus miembros. En ella se discuten y acuerdan aquellos asuntos propios de su com-

petencia, según lo dispone la Ley General de Sociedades o lo establece el estatuto de la sociedad. Según señala Elías (2015), en ella «[l]os accionistas o socios se reúnen de manera organizada y toman acuerdos que constituyen manifestaciones auténticas del ente bajo cuya personalidad legal se les convoca» (p. 425).

Las características esenciales de la junta general de accionistas son que es el órgano más auténtico de expresión inmediata de la voluntad social, se identifica con la sociedad entera, es un órgano colegiado y deliberante, permanente y necesario para la sociedad (Elías, 2015, p. 431), en el sentido de que no es posible concebir una sociedad sin junta general, a diferencia de otros órganos como el directorio.

De acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sociedades, las juntas de accionistas pueden celebrarse de manera presencial o no presencial. Las juntas presenciales, que constituyen la regla general y supletoria de la ley, se celebran en el *lugar del domicilio social* (salvo que el estatuto prevea la posibilidad de realizarla en lugar distinto), donde se reúnen los accionistas convocados por el directorio o la administración de la sociedad, o por el notario o el juez a solicitud de los accionistas, de ser el caso.

El aviso de convocatoria de la junta de accionistas debe ser publicado en el periódico del lugar del domicilio de la sociedad encargado de la inserción de los avisos judiciales. Las sociedades con domicilio en las provincias de Lima y Callao hacen las publicaciones cuando menos en el diario oficial *El Peruano* y en uno de los diarios de mayor circulación de Lima o del Callao, según sea el caso. El aviso de convocatoria especifica el *lugar*, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos por tratar. De esta manera, se promueve la intervención de los accionistas para que conformen el quórum simple o calificado que es necesario para que la junta general quede válidamente constituida y pueda sesionar de acuerdo con la ley.

En el caso de las sociedades anónimas cerradas, el artículo 245 de la Ley General de Sociedades dispone que la junta de accionistas es convocada por el directorio o el gerente general, según corresponda, mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, dirigidas a los domicilios o a las direcciones designadas por los accionistas a este efecto, evitándose la necesidad de tener que publicar los avisos de convocatoria.

Otras maneras en que la Ley General de Sociedades promueve la intervención de los accionistas que se vean imposibilitados de estar presentes en las juntas son a través de la representación simple (*proxy*) por terceros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122 de la norma, y mediante el voto por medio electrónico o postal, regulado en el artículo 21-A de la ley, el cual dispone que los accionistas podrán, para efectos de la determinación del quórum y para la votación y adopción de acuerdos, ejercer el derecho de voto por medio electrónico, siempre que este cuente con firma digital (lo cual se encuentra regulado en la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 052-2008-PCM) o por medio postal, a cuyo efecto se requiere contar con firmas legalizadas (Salas, 2008).

Finalmente, desde la jurisprudencia se ha reafirmado la posibilidad de celebrar juntas de accionistas con un solo participante que actúe como representante de los

accionistas y desempeñe ambas funciones de presidente y secretario de la junta, a través de la Resolución del Tribunal Registral N° 179-2012-SUNARP-TR-L que dispuso la inscripción de un título solicitando la inscripción de un aumento de capital y modificación de estatuto de una sociedad, en el cual el único accionista titular de acciones con derecho a voto desempeñó tanto el cargo de presidente como el de secretario de la junta de accionistas (Perú, 7 de mayo de 2020).

Así mismo, y sin perjuicio de lo anterior, se entiende convocada y válidamente constituida la junta de accionistas cuando se encuentren presentes (o representados) accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar, lo cual favorece y facilita la celebración de las juntas.

La junta general y los acuerdos adoptados en ella deben constar en un acta que exprese un resumen de lo acontecido en la reunión. Las actas pueden asentarse en un libro especialmente abierto a dicho efecto, en hojas sueltas o en cualquier otra forma que permita la ley. Es relevante mencionar que, excepcionalmente, cuando por cualquier circunstancia no sea posible asentar el acta en el libro de actas, ella será extendida y firmada por todos los accionistas concurrentes en un documento especial que se adherirá o transcribirá al libro o a las hojas sueltas no bien estos se encuentren disponibles. Esta opción permitida por la ley es útil en casos en los que, por alguna circunstancia, no es posible acceder al libro de actas y se desea dar validez legal a los acuerdos adoptados.

En el acta de cada junta debe constar el lugar, fecha y hora en que se realizó; la indicación de si se celebra en primera, segunda o tercera convocatoria; el nombre de los accionistas presentes o de quienes los representen; el número y clase de acciones de las que son titulares; el nombre de quienes actuaron como presidente y secretario; la indicación de las fechas y los periódicos en que se publicaron los avisos de la convocatoria; la forma y resultado de las votaciones y los acuerdos adoptados. Cuando el acta es aprobada en la misma junta, ella debe ser firmada, cuando menos, por el presidente, el secretario y un accionista. Cuando el acta no se aprueba en la misma junta, se designará a no menos de dos accionistas para que la aprueben juntamente con el presidente y el secretario. Tratándose de juntas universales, es obligatoria la suscripción del acta por todos los accionistas concurrentes.

Por su parte, la Ley General de Sociedades regula una convocatoria simplificada y la posibilidad de celebrar *juntas no presenciales* en el caso de las *sociedades anónimas cerradas*, con el fin de facilitar y promover la celebración de estas, en el entendimiento de que se trata de empresas más pequeñas y con menos accionistas que las sociedades anónimas ordinarias y las sociedades anónimas abiertas, y donde la gestión y la representación se encuentran más estrechamente concentradas en la junta general.

En esa misma línea, el artículo 246 de la ley establece que la voluntad social de la sociedad anónima cerrada puede establecerse por cualquier medio —sea escrito, electrónico o de otra naturaleza— que permita la comunicación y garantice su autenticidad, por lo que pueden celebrar juntas de accionistas no presenciales, tales como a través de videoconferencias o llamadas telefónicas. Sin embargo, será obli-

gatorio celebrar una junta presencial cuando soliciten su realización accionistas que representen cuanto menos el 20 % de las acciones suscritas con derecho a voto. En los casos de los demás tipos sociales regulados por la Ley General de Sociedades, dado que no existe una disposición expresa —pero tampoco una prohibición absoluta—, estas sociedades *podrán celebrar juntas no presenciales siempre y cuando su estatuto lo permita*.

Por último, los acuerdos adoptados en la junta general no presencial deberán constar en un acta redactada y suscrita por quienes actuaron como presidente y secretario de la sesión, o por quienes fueron expresamente designados para tal efecto. En el acta se dejará constancia del lugar, fecha y hora en que se realizó la junta no presencial, el o los medios utilizados para su realización, la lista de los accionistas participantes o de sus representantes, el número y clase de acciones de las que son titulares, los votos emitidos, los acuerdos adoptados y los demás requisitos establecidos en la ley, para dotarla de las seguridades y garantías necesarias.

## **2.2. El directorio**

El directorio es el órgano colegiado de gestión y representación de la sociedad; es necesario para su administración, puesto que ejecuta los acuerdos de la junta general de accionistas y adopta otras decisiones en la esfera de su propia competencia. En ese sentido, el directorio es un órgano subordinado a la junta general que cumple un rol fundamental en la marcha de la sociedad, toda vez que guarda directa relación con la aprobación de los actos y contratos relacionados con su actividad económica, y fija las políticas generales que deben ser ejecutadas a través de la gerencia.

Según lo establecido en la Ley General de Sociedades, el presidente del directorio, o quien haga sus veces, debe convocar al directorio en los plazos u oportunidades que señale el estatuto y cada vez que lo juzgue necesario para el interés social, o cuando lo solicite cualquier director o el gerente general. La convocatoria se efectúa en la forma que señale el estatuto y, en su defecto, mediante esquelas con cargo de recepción, y con una anticipación no menor de tres días a la fecha señalada para la reunión. La convocatoria debe expresar el *lugar*, día y hora de la reunión y los asuntos por tratar; empero, cualquier director puede someter a la consideración del directorio los asuntos que crea de interés para la sociedad. El quórum del directorio, para que este pueda sesionar válidamente, es la mitad más uno de sus miembros, y si el número de directores es impar, es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquel. No obstante lo señalado anteriormente, se puede prescindir de la convocatoria cuando se reúnen todos los directores y acuerdan por unanimidad sesionar y los asuntos que van a tratar.

Las deliberaciones y acuerdos del directorio deberán ser consignados, por cualquier medio, en actas que se recogerán en un libro, en hojas sueltas o en otra forma que permita la ley. Las actas deberán expresar, si hubiera habido sesión, la fecha, hora y lugar de celebración y el nombre de los concurrentes; de no haber habido sesión, la forma y circunstancias en que se adoptaron el o los acuerdos; y, en todo caso, los asuntos tratados, las resoluciones adoptadas y el número de votos emitidos, así como las constancias que dejarán los directores. Si el estatuto no dispone

de manera distinta, las actas serán firmadas por quienes actuaron como presidente y secretario de la sesión o por quienes fueron expresamente designados para tal efecto; así mismo, cualquier director puede firmar el acta si así lo desea y lo manifiesta en la sesión.

Sin perjuicio de que la regla general y supletoria de la Ley General de Sociedades es que las sesiones de directorio se celebran de manera presencial, el artículo 169 de la ley brinda dos opciones para facilitar la celebración de las sesiones de directorio, al disponer: (i) que las *resoluciones tomadas fuera de sesión de directorio*, por unanimidad de sus miembros, tienen la misma validez que si hubieran sido adoptadas en sesión, siempre que se confirmen por escrito; y, (ii) que *el estatuto puede prever la realización de sesiones no presenciales*, a través de medios escritos, electrónicos o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo; sin embargo, cualquier director puede oponerse a que se utilice este procedimiento y exigir la realización de una sesión presencial. Como bien señala Elías (2015), «[l]a necesidad de ellas obedece a la rapidez con la que se adoptan ciertas decisiones empresariales. Así, en muchas oportunidades puede resultar engorroso exigir la reunión en persona de los miembros del directorio, a efectos de que se adopte un determinado acuerdo» (p. 604).

Las resoluciones tomadas fuera de sesión son acuerdos adoptados unánimemente, pero sin que exista propiamente una sesión de directorio en que se reúnan —física o virtualmente— los directores. En ese sentido, es la práctica en la cual los directores envían su voto por escrito (pudiendo ser vía facsímil, correo, correo electrónico o cualquier otro) al gerente general, quien suscribe un acta donde certifica que las resoluciones han sido adoptadas fuera de sesión y que se encuentran en su poder las confirmaciones escritas del voto favorable de todos los directores (Beaumont, 2001, p. 196).

Por su parte, las sesiones no presenciales son aquellas realizadas por medios electrónicos u otros que permitan la comunicación y garanticen su autenticidad, tales como videoconferencias o llamadas telefónicas. En dichos casos, el acta debe ser suscrita por el presidente del directorio, quien haga sus veces o el gerente general, quien debe dejar constancia de que la convocatoria se efectuó en la forma prevista en la ley, el estatuto y los convenios de accionistas inscritos, la fecha en que se realizó la sesión, el medio utilizado para ello, la lista de los directores participantes, los acuerdos inscribibles adoptados y los votos emitidos. Las dificultades, en este último caso, son que podrá optarse por esta opción siempre y cuando se encuentre prevista y permitida en el estatuto de la sociedad, y que ninguno de los directores se oponga a que se utilice este procedimiento y exija la realización de una sesión presencial.

### **2.3. Validez, certificación e inscripción de los acuerdos**

Finalmente, en ciertos casos la formalización y ejecución de los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas y sesiones de directorio dependen, además de la suscripción de las actas por los intervinientes que correspondan, de la realización de ciertos actos, como la certificación del gerente general, la legalización notarial y la inscripción registral.



Cuando se disponga o grave los bienes, o se otorguen poderes con facultades de disposición o gravamen de bienes, el Decreto Supremo N° 006-2013-JUS, Decreto Supremo que establece limitaciones para la realización de transacciones en efectivo dentro de los oficios notariales, así como la obligatoriedad del uso del sistema de verificación de la identidad por comparación biométrica, ha establecido que estas actas serán certificadas por el gerente general con nombramiento inscrito, quien al final del acta declarará bajo su responsabilidad que los socios o accionistas que intervienen y la suscriben son efectivamente tales y que sus firmas corresponden a ellos. La firma del gerente general deberá ser, a su vez, certificada notarialmente, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo del Notariado.

Adicionalmente, la Directiva aprobada por Resolución del Consejo del Notariado N° 44-2013-JUS/CN, denominada «Lineamientos para la adecuada aplicación del Decreto Supremo N° 006-2013-JUS», ha precisado que la certificación del gerente general es aplicable en principio para las actas de juntas generales de accionistas, no así para las actas de sesiones de directorio, salvo que implique la transferencia de inmuebles; y solo para aquellos acuerdos en los que se autoriza la disposición o gravamen de los bienes de la sociedad o se designa representantes orgánicos o apoderados especiales con expresas facultades para dichos actos, en cuyo caso declarará bajo su responsabilidad que los directores que intervienen y la suscriben son efectivamente tales y que sus firmas corresponden a ellos (Peró, 2014a).

En caso los acuerdos adoptados deban inscribirse en los Registros Públicos para darles publicidad y oponibilidad frente a terceros, será necesario que un notario expida una copia certificada del acta notarial o eleve a escritura pública los actos respectivos, según la formalidad que requiera el tipo de acuerdo (copia certificada en el caso de nombramiento de apoderados y otorgamientos de poderes, y escritura pública para las modificaciones del estatuto, según lo previsto en la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades), y expedir el traslado o copia certificada respectiva *en forma física* a los Registros Públicos (Peró, 2016).

Sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta que la Ley General de Sociedades establece que las actas de juntas generales de accionistas tienen fuerza legal desde su aprobación, y que las actas de sesiones de directorio tienen validez legal y los acuerdos que en ella se refieren se podrán llevar a efecto desde su firma (Peró, 2014b). Ello quiere decir que los actos aprobados por los accionistas y los directores surten efectos legales desde ese momento y que no requieren de la posterior certificación del gerente general, legalización del notario o inscripción en los Registros Públicos para encontrarse vigentes.

## **2.4. Regulación del mercado de valores**

Además de las normas y reglas generales detalladas anteriormente, en el caso de las sociedades emisoras con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV), los artículos 51-A y 51-B de la Ley del Mercado de Valores (creados mediante el Decreto de Urgencia N° 013-2020, publicado poco antes del inicio de la pandemia, el 23 de enero de 2020) contienen reglas adicionales sobre la celebración de las juntas de accionistas y la representación de los titulares en ellas.

El artículo 51-A de la Ley del Mercado de Valores establece que los emisores con valores inscritos en el RPMV pueden *prever en sus estatutos* las siguientes normas aplicables a sus juntas generales de accionistas: (i) para efectos de la determinación del quórum, la posibilidad de asistencia y/o participación de los accionistas en la junta general por cualquier medio escrito, electrónico, telemático o de otra naturaleza que garantice su identidad y, según corresponda, la identidad de su representante acreditado, así como la opinión y voluntad expresada por los accionistas; y, (ii) para efectos de la votación y adopción de acuerdos en la junta, la posibilidad de establecer el voto a distancia por medio electrónico o postal, fijándose los requisitos y formalidades para su ejercicio.

Por su parte, el artículo 51-B de la ley dispone que las entidades que presten el servicio de custodia a titulares con valores inscritos en el RPMV pueden ejercer su representación en junta general y/o asamblea de obligacionistas sin que sea necesario el otorgamiento de poderes simples (*proxies*) al que se refiere el artículo 122 de la Ley General de Sociedades.

El objetivo de estas normas es facilitar la celebración de las juntas de accionistas de las sociedades emisoras con valores inscritos en el RPMV y supervisadas por la SMV. Sin embargo, es importante tener en cuenta que las disposiciones previstas por el artículo 51-A de la Ley del Mercado de Valores sobre las reglas para la celebración de juntas de accionistas son optativas, por lo que requieren de una disposición estatutaria expresa.

### **3. Medidas implementadas durante el estado de emergencia**

Ante el escenario descrito en las secciones precedentes, desde el inicio del estado de emergencia nacional, el 16 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo, la SMV y la SBS implementaron diversas medidas orientadas a permitir la celebración de las juntas de accionistas no presenciales de las sociedades emisoras con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV) y las entidades supervisadas por la SBS, respectivamente, y facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales de estas compañías en las circunstancias excepcionales existentes.

#### **3.1. En el mercado de valores**

Respecto de las sociedades emisoras con valores inscritos en el RPMV, el 16 de marzo la SMV publicó un aviso en el que dispuso que durante el período de estado de emergencia nacional no serán exigibles las obligaciones referidas a la presentación de información financiera, memoria anual, informe de gerencia o cualquier otra información periódica cuyo plazo límite de presentación se encontrase dentro del período de tal declaratoria, y que no sería posible que se lleven a cabo las juntas obligatorias anuales de accionistas, asambleas de obligacionistas o cualquier otra reunión convocada o por realizarse en dicho período. Por lo tanto, que no será exigible para estas sociedades cumplir con esta obligación y que se encontrarán eximidas de sanciones por parte de la SMV.

Luego, el 21 de marzo de 2020, publicó la Resolución de Superintendente N° 033-2020-SMV/02, que implementó nuevos plazos para la presentación de: (i) información financiera y memoria anual del ejercicio 2019, (ii) información intermedia al 31 de marzo de 2020, (iii) informes de clasificación de riesgo basados en información financiera auditada del ejercicio 2019, y (iv) grupo económico, una vez que terminase el estado de emergencia nacional, sin perjuicio de que las sociedades obligadas debían continuar enviando sus hechos de importancia por el Sistema MVNet, y decretó la suspensión del cómputo de los plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos en la SMV que se encontrasen sujetos a plazo.

Finalmente, el 15 de mayo de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 056-2020, que implementó ciertas medidas sobre la convocatoria y celebración de juntas de accionistas y asambleas de obligacionistas no presenciales o virtuales durante la vigencia del estado de emergencia nacional y hasta 90 días hábiles luego de culminada esta, autorizando excepcionalmente a las entidades bajo competencia de la SMV para convocar y celebrar juntas generales o especiales de accionistas de manera no presencial o virtual, mediante el uso de medios tecnológicos o telemáticos y de comunicaciones, *aun cuando los respectivos estatutos de dichas entidades solo reconozcan la posibilidad de convocar y celebrar juntas presenciales* de accionistas. Para dicho propósito, el decreto de urgencia estableció que los directorios de dichas entidades también podían sesionar de manera no presencial o virtual con el fin de convocar a tales juntas de accionistas, y facultó a la SMV para emitir normas complementarias respectivas.

Es así cómo, el 20 de mayo de 2020, la SMV autorizó, mediante la Resolución de Superintendente N° 043-2020-SMV/02, la difusión del Proyecto «Normas para las convocatorias y celebraciones de asambleas de partícipes, asambleas de asociados, comités y otros órganos de las sociedades a las que la SMV otorga autorización de funcionamiento», detallando las condiciones necesarias para realizar la convocatoria y celebración de las juntas de accionistas no presenciales, determinar el plazo de antelación con el que debe realizarse la convocatoria (reduciendo los previstos en la Ley General de Sociedades), los términos e información que esta debe contener y los medios en que debe difundirse (siendo estos como hecho de importancia en el Portal del Mercado de Valores y en la página web de las entidades).

### **3.2. En la Banca, Seguros y AFP**

En cuanto a las entidades supervisadas por la SBS, el 17 de marzo esta emitió el Oficio Múltiple N° 11163-2020-SBS, el cual dispuso que, considerando el estado de emergencia sanitaria por la existencia del COVID-19, la necesidad de celebrar sus juntas obligatorias anuales del año 2020 y la imposibilidad de reunirse oportunamente, estas podrían realizar sus juntas obligatorias anuales con posterioridad al 31 de marzo de 2020. Así mismo, este dispositivo estableció que, sin perjuicio de lo anterior, mientras durase el estado de emergencia nacional estas entidades supervisadas podrían realizar sus juntas obligatorias anuales por medios alternativos al presencial, *siempre y cuando se garantizase el derecho de información y participación de todos los accionistas* en el marco de la normatividad vigente.

#### 4. Propuestas y recomendaciones

Ante la regulación existente, la crisis originada a raíz del brote del COVID-19 y las acciones implementadas por el Estado peruano y sus entes reguladores, existen diversas medidas que podrían ser implementadas por el Estado a través de la regulación y por las sociedades mediante la modificación de sus estatutos para facilitar y promover la continuidad del funcionamiento de las juntas de accionistas y sesiones de directorio durante este tipo de escenarios donde los funcionarios y representantes de las empresas tengan limitaciones para reunirse presencialmente.

Estas propuestas y recomendaciones, listadas a continuación, tienen como objetivo permitir y flexibilizar la realización de juntas y directorios no presenciales a través de medios escritos, electrónicos o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen el derecho de información y participación de los accionistas y directores, así como la autenticidad de los acuerdos, en línea con lo dispuesto en los principios 10 y 12 del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, según los cuales la sociedad «establece mecanismos de convocatoria que permiten establecer contacto con los accionistas, particularmente con aquellos que no tienen participación en el control o gestión» y «define procedimientos para el ejercicio del voto, de forma tal que resulten accesibles y simples a los accionistas»:

- (i) Establecer legalmente la posibilidad de que las convocatorias de las juntas de accionistas de todos los tipos societarios, salvo la sociedad anónima abierta, puedan realizarse mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, dirigidas a los domicilios o a las direcciones designadas por los accionistas a este efecto (de acuerdo con la regulación existente para el caso de la sociedad anónima cerrada).

Así mismo, permitir que las convocatorias realizadas mediante publicaciones puedan ser difundidas exclusivamente a través de la página web de las sociedades (teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución de Superintendente N° 020-2016-SMV/01, «Normas para la difusión de información al mercado de valores a través de la página web corporativa de las sociedades emisoras»), la página web de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y, de corresponder, como hecho de importancia en el Portal del Mercado de Valores. Las sociedades podrían continuar publicando sus avisos de convocatoria en los diarios, de manera adicional, siempre y cuando así fuese decidido o lo estableciesen sus estatutos.

- (ii) Prever legalmente la posibilidad de celebrar juntas de accionistas y sesiones de directorio no presenciales como regla general y supletoria para todos los tipos societarios, incluso de no haberlo previsto el estatuto, siempre y cuando se garanticen la comunicación entre los participantes y la autenticidad de los acuerdos adoptados; pudiendo las sociedades optar en contra de esta disposición en su estatuto.

Además, limitar o suprimir la posibilidad de que los accionistas o directores puedan oponerse a la celebración de las juntas o directorios no presenciales, siempre y cuando se garantice su derecho de información y participación.

- (iii) Flexibilizar las formalidades para la emisión de votos a través de los mecanismos electrónicos y postales, de manera tal que no sea necesario contar con la firma digital o legalizada, respectivamente, sino que dichos votos puedan ser emitidos de otras formas, siempre y cuando permitan verificar la identidad del otorgante y autenticidad de su voluntad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil.

En esa misma línea, flexibilizar los requisitos necesarios para que las personas puedan solicitar el certificado digital (necesario para contar con la firma digital), permitiendo la verificación de la identidad del solicitante por medios alternativos a la comparecencia física, en línea con la decisión tomada durante el estado de emergencia nacional por la Comisión de Gestión de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

- (iv) Regular la posibilidad de que una misma persona pueda desempeñar las funciones de presidente y secretario de la junta de accionistas. Si bien ello ha sido previsto en la Resolución del Tribunal Registral N° 179-2012-SUNARP-TR-L, no se trata de un precedente de observancia obligatoria, por lo que los registradores podrían apartarse de esta interpretación.
- (v) Habilitar la presentación de partes notariales expedidos con firma digital a los Registros Públicos de manera electromagnética a través del Sistema de Intermediación Digital de la SUNARP (SID-SUNARP) para la inscripción de todos los actos societarios, en línea con la iniciativa contemplada en la Resolución de Superintendente N° 045-2020-SUNARP/SN para la constitución de sociedades.

## 5. Conclusión

La difícil situación que atraviesa nuestro país por el brote del COVID-19 deja amargas lecciones, y el derecho corporativo no se encuentra exento de ellas. En ese sentido, los legisladores y reguladores harían bien en otorgar normas y regulaciones —y las empresas peruanas en implementar medidas a través de modificaciones estatutarias— que se anticipen a desastres como este y que permitan a las sociedades continuar con sus negocios y operaciones en contextos similares, al facilitar la celebración de las juntas de accionistas y sesiones de directorio no presenciales o virtuales de acuerdo con las recomendaciones y propuestas presentadas en este artículo, dada su importancia para la gestión de las empresas peruanas.

Debemos prever, como advirtió Camus, que «el bacilo de la peste no muere ni desaparece jamás, que puede permanecer durante decenios dormido en los muebles, en la ropa, que espera pacientemente en las alcobas, en las bodegas, en las maletas, los pañuelos y los papeles, y que puede llegar un día en que la peste, para desgracia y enseñanza de los hombres, despierte a sus ratas y las mande a morir en una ciudad dichosa».

## Referencias

Beaumont, R. (2001). *Comentarios al nuevo Reglamento del Registro de Sociedades*. Lima: Gaceta Jurídica.

Elías, E. (2015). *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.

Peró, M. (2014a). La nueva función del gerente general en la certificación de las actas societarias. *Actualidad Jurídica*, 244, 108-122.

Peró, M. (2014b). Las actas societarias y la rectificación de errores u omisiones mediante la reapertura de actas. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 14, 304-326.

Peró, M. (2016). La presencia del notario en las sesiones de directorio y su certificación de las actas societarias. A propósito de la modificación del artículo 170 de la Ley General de Sociedades. *Ius et Veritas*, 51, 174-94.

Peró, M. (23 de marzo de 2020). #YoMeQuedoEnCasa: las juntas de accionistas y sesiones de directorio durante el estado de emergencia. *Enfoque Derecho*. Recuperado de <http://www.enfoquederecho.com/>

Peró, M. (7 de mayo de 2020). «Más vale solo...»: el presidente-secretario de las juntas de accionistas. *Enfoque Derecho*. Recuperado de <http://www.enfoquederecho.com/>

Salas, J. (2008). El voto electrónico y el voto postal. *Actualidad Jurídica*, 176, 345-349.

**Juntas generales de accionistas no presenciales  
en la sociedad anónima ordinaria: ¿Se requiere  
un cambio de la Ley General de Sociedades?**

*Gabriella Valenzuela*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos





## 1. Introducción

El domingo 15 de marzo de 2020, el presidente Martín Vizcarra anunció que a partir de las 00:00 horas del lunes 16 de marzo se iniciaría un período de inmovilización social obligatoria de 15 días, con la finalidad de detener la rápida propagación de la COVID-19 entre la población. Esta medida se fue extendiendo por algunos meses, estando vigente en Lima y algunas regiones del país hasta el 30 de junio, y manteniéndose en otras con altos índices de contagio. Si bien durante esta etapa se han venido implementando medidas para una reactivación lenta y progresiva de la actividad económica, esto no ha sido suficiente para muchos negocios que han sucumbido ante una especie de «selección natural», por no haber adecuado sus procedimientos a las modernas herramientas tecnológicas propias de la era digital.

Si bien de alguna forma todas las personas se han tenido que adecuar a esta «nueva normalidad», en el ámbito societario han existido muchas dificultades para que los órganos de las sociedades anónimas ordinarias (S.A.) puedan adaptarse a esta nueva manera de desenvolverse. Más allá de la adecuación propia de las personas al uso de las herramientas tecnológicas, a la seguridad de las telecomunicaciones y a una larga lista de temas técnicos, este artículo busca explorar si *a nivel normativo* contamos con todas las herramientas legales para lograr un ambiente propicio para que los órganos societarios de las S.A. puedan tomar decisiones sin la necesidad de tener que reunirse físicamente.

Las cuestiones aquí planteadas no solo son parte de una mera curiosidad intelectual, sino, más bien, de la necesidad real que tienen las empresas de que el derecho sea una herramienta útil que facilite las transacciones y no una barrera en la que las interpretaciones más creativas de los abogados solucionen los problemas societarios, tal como es el caso de la imposibilidad de muchas de reunir a sus órganos societarios de forma virtual.<sup>1</sup> Esto se ha hecho más evidente luego de haber transcurrido más de cuatro meses de cuarentena: con justa razón, los socios de las empresas

---

1 Una de las formas a las que se ha recurrido para plasmar acuerdos de las juntas de las S.A. durante la cuarentena, por ejemplo, ha sido que todos los socios otorguen un poder específico de representación en junta (con respaldo en el artículo 122 de la LGS) a una sola persona, para que sea esta la que plasme, en representación de todos los socios, los acuerdos tomados en una sesión que en la verdad de los hechos se había llevado a cabo a través de medios electrónicos.

exigen alguna forma legal idónea que les permita ejercer su derecho a que, reunidos en junta, puedan revisar la situación financiera y los resultados de la gestión del año anterior, decidir sobre dichos resultados, renovar a su directorio, reorganizarse, liquidarse y otros asuntos de exclusiva competencia de este órgano societario.

De esta manera, este artículo problematiza sobre la posibilidad de llevar a cabo una junta sin la presencia física de personas, pero también asumiendo que dicha posibilidad sí es viable. Se trata de analizar los límites que podrían tener las sociedades anónimas ordinarias para regular dentro de sus estatutos la forma de realizar tales juntas de acuerdo con las posibilidades interpretativas de la regulación vigente.

## **2. ¿Pueden las sociedades anónimas ordinarias realizar juntas no presenciales?**

El principal cuerpo normativo en materia societaria en el Perú es la Ley General de Sociedades (LGS).<sup>2</sup> Existen dos artículos cuyas normas establecen, de forma expresa, la realización de sesiones no presenciales en las sociedades anónimas. En primer lugar, el artículo 169<sup>3</sup> regula la realización de sesiones no presenciales de los directorios de todo tipo de sociedades anónimas. Este artículo resulta aplicable a las sesiones de directorio de cualquier modalidad de sociedad anónima ya que, desde una perspectiva sistemática, se encuentra regulado en la sección cuarta, «Órganos de la Sociedad», del libro II, «Sociedad Anónima» de la LGS.

Luego tenemos al artículo 246<sup>4</sup> de la LGS, que regula la realización de juntas no presenciales en el título correspondiente a las sociedades anónimas cerradas (S.A.C.) que, a su vez, forma parte de la sección séptima, «Formas Especiales de la Sociedad Anónima».

Para el caso de las sesiones no presenciales de directorio de las sociedades anónimas, la norma prevé que existe la posibilidad de realizar sesiones no presenciales si es que así se establece en los estatutos sociales. Por el contrario, para el caso de las juntas no presenciales de las S.A.C. no existe la necesidad de incluir de forma expresa una disposición en ese sentido en el estatuto, pero ello no obsta para que los accionistas puedan oponerse a su realización, siempre que representen por lo menos el 20 % de acciones suscritas con derecho a voto.

Existen no pocos argumentos para considerar que la realización de juntas no presenciales estuvo limitada únicamente a las S.A.C. en virtud de la habilitación que

---

2 La Ley General de Sociedades fue aprobada mediante Ley N° 26887, publicada el 9 de diciembre de 1997.

3 Artículo 169 de la LGS: «[...] El estatuto puede prever la realización de sesiones no presenciales, a través de medios escritos, electrónicos, o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo. Cualquier director puede oponerse a que se utilice este procedimiento y exigir la realización de una sesión presencial».

4 Artículo 246 de la LGS: «La voluntad social se puede establecer por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad. Segundo párrafo. Será obligatoria la sesión de la Junta de Accionistas cuando soliciten su realización accionistas que representen el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto».

expresamente tienen dichas sociedades en el artículo 246 de la LGS,<sup>5</sup> y, por tanto, que no alcanzaba a los otros tipos societarios.<sup>6</sup> De ellos, cuando menos tres argumentos sustentan esta hipótesis. Como podrá apreciarse, los tres están conectados, pero mi propósito es individualizarlos para, a continuación, demostrar que existen razones que llevan a dudar de su fortaleza.

## **2.1. El bajo número de socios en la S.A.C. justifica el uso de la no presencialidad en las sesiones de junta**

La sociedad anónima es una sociedad de capitales, en la que prácticamente desaparece la personalización de aquellos que están detrás de ese elemento material llamado *capital*. Esto se da bajo el entendido de que la sociedad anónima constituye un vehículo a través del cual las personas llevan a cabo negocios sin la preocupación de que el fracaso de estos pueda impactar en su patrimonio personal.

Sin embargo, cuando se creó la actual LGS se reconoció que un sector no menor de empresarios mantenía negocios familiares. Es decir, empresas llevadas adelante por los miembros de la familia o personas muy cercanas a este grupo familiar, en las cuales cada uno de sus miembros tenía asignadas ciertas funciones de dirección u operativas, además del hecho de haber aportado cierto monto de capital para poderla llevar adelante. Entonces, si bien resultaba de mucha utilidad para el empresario tener la posibilidad de formar una sociedad capitalista y mantener así la limitación de responsabilidad, también era necesario darle la posibilidad de que esa sociedad tenga la flexibilidad suficiente para mantener el llamado carácter personal o *intuitio personae*.

Así, pues, la LGS creó una nueva forma de sociedad anónima, denominada «sociedad anónima cerrada», como una sociedad capitalista con marcados rasgos personalistas, que tenía como una de sus principales notas distintivas el de estar conformada por un máximo de veinte socios.<sup>7</sup> Por tanto, salvo casos excepcionales,<sup>8</sup> las S.A.C. pueden tener dentro de sus juntas a no más de veinte titulares de acciones.

Si bien la junta de una sociedad anónima no es un órgano permanente, cuando esta se reúne puede decidir sobre cualquier asunto que requiera el interés social. Para que ello se materialice, claro está, se deben seguir las reglas de convocatoria, quorum y mayorías que establece la LGS, con excepción de las juntas de carácter universal que, al tener congregados a todos y cada uno de los accionistas, puede

---

5 Así como hay voces de reconocidos abogados que sostienen que no es posible la realización de juntas no presenciales en las sociedades anónimas, del otro lado, existe un grupo que no es menor y que defiende que sí existe dicha posibilidad. El problema, sin embargo, es que estas razones no se han explicitado de una manera lo suficientemente amplia (cfr. Rosales, 2020; Carcelén, 2020; Veliz y D'Medina, 2020; Baca & Figallo, 2020; Valle, 2020).

6 En este artículo las referencias a la S.A. son igualmente aplicables a las S.A.A., salvo que se mencione lo contrario.

7 Por el principio de pluralidad de socios, todas las sociedades reguladas por la LGS deben tener por lo menos dos socios, salvo las excepciones expresamente establecidas en el artículo 4 de dicho cuerpo normativo.

8 Las excepciones son las establecidas en el artículo 90.

decidir sobre los asuntos que estos consideren pertinentes sin necesidad de una convocatoria previa.

Un elemento fundamental de la regulación de las sociedades anónimas es asegurar una adecuada deliberación de los socios; es decir, el intercambio de ideas sobre los temas de agenda, debido a que a través de la deliberación se llega a consagrar la voluntad social de las juntas generales de accionistas.

De esta manera, uno de los argumentos que pueden llevarnos a pensar que el motivo por el cual el legislador admitió de forma expresa la posibilidad de hacer juntas no presenciales en la S.A.C. es precisamente el bajo número de socios que la caracteriza, dado que en un número reducido de personas resulta relativamente fácil sostener interacciones como las que se llevan dentro de una junta presencial de socios. Entonces, es posible argumentar que en aquellas sociedades de capitales con *muchos socios*, como el caso de las S.A. y las S.A.A. (las cuales no tienen restricción respecto del número máximo de socios), la realización de juntas no presenciales podría no garantizar el mismo nivel de deliberación y toma de acuerdos al que sí se puede llegar mediante la presencia física de los socios. Por ello, no habría ninguna previsión expresa autorizando la no presencialidad en las juntas y, consecuentemente, que *estaría prohibido*.

Sin embargo, este argumento no es del todo convincente. Si bien la S.A.C., en su momento, fue creada para que sea de utilidad a empresas familiares y albergue a pocos socios, hoy en día tanto la S.A. como la S.A.A. son formas de la sociedad anónima que también son utilizadas por empresas con un fuerte carácter personalista o familiar. Por tanto, si bien se concibió a la S.A.C. como una sociedad familiar en la que la deliberación y formación de la voluntad social era practicable a través de sesiones no presenciales de su junta conformada por pocos miembros, hoy en día la práctica societaria muestra que el mismo argumento podría resultar aplicable a un gran número de sociedades anónimas *no* cerradas en el Perú.<sup>9</sup>

Recordemos que la LGS fue promulgada en el año 1997. Luego de 23 años resulta innegable que el avance tecnológico de las comunicaciones permite que los socios de las compañías participen de juntas no presenciales, garantizándose la deliberación y, por tanto, una adecuada manifestación de la voluntad social, independientemente de si se trata de sociedades con accionariado concentrado o difundido.<sup>10</sup>

9 Así mismo, es importante considerar que el mercado peruano tiene una fuerte concentración de la capitalización en pocos emisores (Banco Mundial, 2019, p. 7).

10 Una nota curiosa sobre este tema es que el Proyecto de Ley General de Sociedades presentado por la Comisión Redactora en realidad solo incluía como medio alternativo a la junta y directorios presenciales, los medios escritos. Al respecto, Marcerano Frers, miembro de la Comisión Revisora del proyecto, justifica el texto finalmente aprobado ante la Sesión de Instalación del Diario de Debates de la Comisión Permanente algo que perfectamente podríamos decir nosotros en estos días, pero respecto de las juntas de las S.A.: «Todos sabíamos que la ley anterior obligaba a que estén presentes en reunión los directores para tomar acuerdos, pero todos también sabíamos que simplemente se hacían las actas y luego se repartían para que los directores las firmen. En consecuencia, existía una ficción jurídica que no tenía correspondencia con la realidad. [...] Hoy en día se permite que haya 'sesiones no presenciales' porque, como ustedes comprenderán, con el gran desarrollo de las técnicas de comunicación que existe, es posible celebrar una sesión de directorio con personas que no están presentes en el mismo acto [...]» (Congreso de la República, 1997).

En efecto, es práctica generalizada en las economías más desarrolladas del mundo el reconocimiento de la participación de los accionistas mediante el uso de las herramientas tecnológicas sin discriminar negativamente a las sociedades de acuerdo con su número de socios. Ya desde el año 2010, la Corporación Andina de Fomento (CAF) establecía como uno de sus lineamientos para mejorar las prácticas de gobierno corporativo de las empresas públicas el incorporar el voto electrónico o a distancia (CAF, 2010, pp. 25 y 27), al igual que en las empresas privadas (CAF, 2013, p. 41). Así mismo, la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (OCDE) recomendaba, en el año 2016, el uso del voto electrónico no presencial con la finalidad de materializar el principio de tratamiento equitativo a los accionistas, debido a que se había identificado como un obstáculo al ejercicio del derecho fundamental de participación de los accionistas en la junta el hecho de exigir como requisito asistir personalmente a la sesión (OCDE, 2016, p. 21).

Lo anterior también ha sido entendido por las economías modernas; de ahí que haya sido progresivamente implementado por aquellos países que no tenían regulada la realización de juntas no presenciales en su normativa societaria, como es el caso de España.<sup>11</sup>

El Perú no fue del todo ajeno a la implementación de disposiciones como las antes señaladas. Mediante D.U. 013-2020, publicado el 23 de enero de 2020, se incorporó el artículo 51-A a la Ley del Mercado de Valores (aprobado mediante D. Leg. N° 861), con la finalidad de regular la realización de juntas no presenciales de las empresas supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Esta norma no se pudo utilizar debido a que, cuando empezó la cuarentena, sus normas reglamentarias aún se encontraban en elaboración y, además, se establecía expresamente que la realización de dicha modalidad no presencial debía incorporarse en los estatutos sociales. En ese sentido, mediante el artículo 5 del Decreto de Urgencia N° 056-2020, publicado el 15 de mayo de 2020, se autorizó excepcionalmente a las entidades bajo competencia de la SMV a convocar y celebrar juntas generales o especiales de accionistas de manera no presencial durante la vigencia del estado de emergencia nacional, aun cuando esto no se hubiese establecido expresamente en el estatuto. Por su parte, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) hizo lo propio respecto de sus supervisados al día siguiente del inicio de la inmovilización social obligatoria.<sup>11</sup> Nótese que ambas entidades, tanto la SMV como la SBS, supervisan casi a la totalidad de empresas más grandes del país, no solo por su valor patrimonial sino también por su número de socios.

En ese sentido, apelar a un argumento histórico («originalmente se pensó que las S.A.C. tenían pocos socios») cuando la práctica societaria peruana ha cambiado y, además, la necesidad de interpretar de conformidad con la dinámica actual de las sociedades pauteada por la tecnología, hace que la *falta de previsión expresa*

---

11 En España, por ejemplo, tanto en la Ley de Sociedades Anónimas (aprobada mediante Real Decreto Legislativo N° 1564/1989), como en la Ley de Sociedades de Capital (aprobada mediante Real Decreto Legislativo N° 1/2010), se da absoluta potestad a los privados para que puedan establecer en sus estatutos la realización de sesiones no presenciales, en el primer caso aplicable a las sociedades anónimas, y en el segundo, a todo tipo de sociedades.

sobre la no presencialidad en las S.A. no deba conducir a concluir por una *prohibición*.

## **2.2. Las S.A.C. deben tener la posibilidad de realizar juntas no presenciales, pues pueden prescindir del directorio**

Como es sabido, la sociedad anónima tiene tres órganos bien diferenciados: (i) la junta general de accionistas, (ii) el directorio y (iii) la gerencia.

La junta general de socios es el órgano supremo de la sociedad, aquel de donde emana la voluntad social. Este órgano se encuentra conformado por los titulares de las acciones representativas del capital social. En el seno de la junta se deliberan y resuelven aquellos asuntos que señala la ley o que se establecen en el estatuto (Hundskopf, 2012, p. 135).

Sin embargo, las operaciones y el quehacer diario de la sociedad están a cargo de sus órganos de administración; es decir, del directorio y la gerencia. Mientras que la gerencia tiene como centro de operaciones la misma empresa y, por ello, está en comunicación permanente con los trabajadores, proveedores, etcétera, el directorio es un órgano que, por lo general, no tiene un espacio permanente dentro de la empresa y cuyos miembros se reúnen de forma periódica para tomar las decisiones más importantes sobre la marcha de la sociedad. Es pues, el directorio, un órgano en constante actuación, y por ello resultó necesario regular los mecanismos necesarios para que sus miembros puedan mantener una comunicación fluida, sea de forma presencial o no presencial. De esta manera, el artículo 169 de la LGS estableció la posibilidad de realizar sesiones no presenciales en los estatutos, a través de cualquier medio que garantice la autenticidad del acuerdo.

En lo que respecta a la S.A.C., la LGS estableció la posibilidad de prescindir del directorio,<sup>12</sup> bajo el entendido de que, en una sociedad con fuertes rasgos personalistas, son los mismos socios («accionistas de mando o gestión») los interesados en participar activamente de la dirección y administración de la empresa (Ferrero, 1998, 19). En ese sentido, resultaba imprescindible brindarle a la junta las herramientas necesarias para sesionar y cumplir este propósito a través de cualquier medio, incluso mediante el uso de herramientas electrónicas, sin perjuicio de la eventual oposición del 20 % de los accionistas (artículo 246 de la LGS).

En su presentación del proyecto de la Ley General de Sociedades a la Comisión Revisora del Congreso, Enrique Normand Sparks, presidente de la Comisión Redactora del Proyecto de LGS, señaló que se había establecido la novedad de que la sociedad anónima cerrada podía prescindir del directorio. En efecto, dado que se trata de una sociedad pequeña que tiene un número limitado de accionistas, la presencia de esos accionistas en una junta puede cumplir cabalmente la misión del directorio (Normand Sparks, 1997).

---

<sup>12</sup> Esta disposición se sustenta también en el argumento de que, en muchos casos, en las sociedades anónimas cerradas la junta general de accionistas y el directorio se componen de los mismos miembros, por lo que podría no justificarse la necesidad de un directorio que cumpla en la práctica las mismas funciones de la junta o viceversa (Ferrero, 1998, p. 29).

Entonces, al ser las S.A.C. las únicas sociedades anónimas que pueden prescindir del directorio y que, por lo tanto, sea la junta de socios la que supervisa directamente la labor de administración de la gerencia, resultaba consecuente darle a dicha junta la *misma* posibilidad de realizar sesiones no presenciales, tal y como se estableció para el directorio.

Sin embargo, lo que muestra la realidad es que muchas S.A.C. sí tienen directorio, consagrándose, con ello, una auténtica separación entre la propiedad y la gestión, exactamente como ocurre en las S.A. Si bien esto no llegó a ser previsto al momento de elaborarse la LGS, la práctica societaria ha empujado a adoptar ambos modelos societarios de manera prácticamente indistinta. Así, tenemos S.A.C. *con directorio* que, aun así, también les está permitido desarrollar juntas no presenciales. Con ello, la razón que justificaba esta posibilidad en el caso de las S.A.C. pierde peso.

Por tanto, si lo que el legislador pretendía era dar a las S.A.C. *sin directorio* la posibilidad de tener juntas no presenciales, entonces hubiese sido más adecuado que incorpore expresamente esta restricción.

### **2.3. Argumentos en torno a la existencia de una norma prohibitiva implícita respecto a la posibilidad de celebrar juntas no presenciales en la S.A.**

Elías Laroza, quien fuera uno de los miembros de la Comisión Redactora de la LGS, consideró que una de las novedades que presentaba esta Ley era la posibilidad de realizar las denominadas juntas de accionistas no presenciales, pero entendía que estaba limitado a las S.A.C. Así pues, señala que dicha modalidad societaria es la única en la que se extendían a las juntas de accionistas las normas de los directorios no presenciales establecidos en el artículo 169 de la LGS (Elías Laroza, 2000, pp. 96 y 97).

Este entendimiento no solo es defendido por este autor. Lo mismo se puede encontrar en la entrevista que se hiciera a otro miembro de la Comisión Redactora de la LGS, Alfredo Ferrero Diez-Canseco. En efecto, cuando se le consulta sobre la regulación específica de la S.A.C., señala:

Es importante destacar algunos aspectos de la regulación actual de la SAC. Por ejemplo, *la ventaja que significa la posibilidad de tener juntas no presenciales*, es decir, la no exigencia de la presencia física de los accionistas para que se adopten los acuerdos. La LGS admite la posibilidad de consentir los acuerdos aunque no haya existido una junta precisamente. Esto es muy importante, porque facilita las reuniones de los accionistas y, además, estamos reconociendo cómo son las juntas de determinadas sociedades en la realidad: no hay juntas, hay acuerdos. Antes lo que se hacía era crear la ficción de que se había realizado una junta. Sin embargo, la LGS establece que es obligatoria la realización de una junta cuando así lo solicite el 20 % de los accionistas de la sociedad. *Esto es una norma específica de la SAC, que no se repite en las SAA ni en la SA ordinaria.* (Pastor, A. & Rodríguez, C., 1998, p. 144) (Cursivas nuestras)



En mi opinión, también es posible que los redactores del proyecto de la LGS hayan considerado que no era necesario incluir una prohibición expresa sobre la posibilidad de realizar juntas no presenciales en la S.A., dado que la prerrogativa exclusiva dada a las S.A.C. era uno de los elementos que la dotaban de su carácter personalista. Esto se puede desprender de lo dicho por el propio Ferrero Diez-Canseco:

Era necesario ser creativos en la Comisión al incorporar otros elementos que ayudasen a simplificar la constitución, agilizarla en su funcionamiento y *dotarla de carácter personalista*. [...] Respecto a la agilidad en su funcionamiento, esto se ha logrado facilitando la reunión y actuación de los órganos sociales a través de la incorporación en la Ley General de Sociedades de: (i) *las juntas de accionistas no presenciales*, (ii) la posibilidad de que sean los accionistas quienes determinen la existencia o no del Directorio (órgano facultativo en la SAC) y (iii) otorgando facilidades para la convocatoria a las juntas y demás elementos que ayudan a configurar un funcionamiento simple para sociedades que en teoría son de menor envergadura. (Ferrero, 1998, p. 27) (Cursivas nuestras)

Por su parte, Julio Salas, otro miembro de la Comisión Redactora de la LGS, reconoció la existencia de características esenciales de las sociedades anónimas —o lo que él denomina «principios configuradores»— para defender, entre otros aspectos, la imposibilidad de que, con base en la autonomía de la voluntad, se pueda pactar cláusulas de exclusión en la sociedad anónima ordinaria por motivos distintos a la mora en el pago del aporte, plasmada en la Resolución del Tribunal Registral 040-2004-SUNARP-TR de 4 de marzo de 2005 (Salas, 2008, p.78). Al respecto, señala el referido autor que:

Estas cláusulas de exclusión no deben ser admitidas al momento de la constitución ni en cualquier otra oportunidad posterior, pues son abiertamente violatorias de una de las características esenciales y configuradoras de la anónima, la de ser una sociedad de capitales. (Salas, 2008, p. 83)

Entonces, cabe preguntarnos si la «posibilidad» de hacer juntas no presenciales en la S.A.C. es una de sus *características esenciales* que únicamente tiene este tipo societario debido a su dotado carácter personalista, y que, por ello, no había necesidad de establecer una prohibición *expresa* a las juntas no presenciales en las demás modalidades de sociedad anónima, pues estas son sociedades plenamente capitalistas *sin rasgos personalistas*.

Debe tenerse en cuenta que la falta de regulación expresa respecto de la posibilidad de que las juntas generales de accionistas de las sociedades anónimas ordinarias puedan reunirse en sesiones no presenciales, rigurosamente constituye una *laguna normativa*. La laguna normativa puede entenderse como la situación en que existe un supuesto de hecho respecto del cual ninguna norma prevé alguna consecuencia jurídica (Guastini, 2015, p. 509). La interpretación que deriva en una laguna parte de la inexistencia de una norma expresa, esto es, una norma derivada de una disposición normativa (texto). Así, la posición de concluir que existe una prohibición de que las sociedades anónimas puedan celebrar juntas no presenciales parte, en



realidad, de la creación de una laguna normativa y, posteriormente, de «completarla» o «llenarla» con una *norma prohibitiva implícita*.

Siguiendo a Guastini, una norma implícita es aquella que se forma a partir de una o más normas explícitas mediante un razonamiento. Específicamente, puede ser mediante: (i) razonamientos deductivos, (ii) razonamientos no deductivos, o (iii) aquellos derivados de la conjunción de normas explícitas (o implícitas) y de asunciones dogmáticas, o solo de estas últimas (Guastini, 2014, p. 164).

Entonces, lo que siguen los autores cuya influencia fue decisiva para la creación de la LGS es, en realidad, un razonamiento *no* deductivo, empleando el argumento *a contrario*: por el hecho de haberse regulado *expresamente* la realización de directorios no presenciales en la S.A. y la realización de juntas no presenciales en la S.A.C., entonces, *contrario sensu*, estas no estarían permitidas en las S.A. En el caso del argumento de Salas, la «laguna normativa» se vería completada con los así llamados «principios configuradores» de las S.A. y S.A.A., entiendo estos, en realidad, como una *metanorma*, esto es, una norma que orienta la interpretación y aplicación de otras normas.

No obstante, el argumento a contrario no es la única forma de completar una laguna normativa. Además de otros supuestos clásicos como la analogía, el argumento *a fortiori* o,<sup>13</sup> en este caso específico, otra forma perfectamente posible de completar la laguna es recurrir al principio de la *autonomía de la voluntad*,<sup>14</sup> del cual se deriva la *autonomía de voluntad societaria*. Se trata de una *norma expresa* consagrada en el artículo 62 de la Constitución, y de allí podemos extraer una buena razón para que, en este caso, los socios puedan elaborar, conforme sus propios intereses, la regulación social de la realización de sus juntas.<sup>15</sup>

13 Cfr. Moreso & Vilajosana (2004, pp. 166 y ss.

14 Un argumento a favor del uso de la autonomía de la voluntad para llenar una laguna se dio en España, pero respecto de una sociedad de responsabilidad limitada. Al respecto, la Resolución del 8 de enero de 2018 emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de España en la cual se interpreta que, conforme criterio reiterado, si bien el artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere únicamente a la sociedad anónima, resulta también válida la asistencia y votación telemática de los socios en la junta general de sociedades de responsabilidad limitada. Esto en atención a que si bien el citado artículo se refiere únicamente a la sociedad anónima, ello no debe llevar a entenderla prohibida en la sociedad de responsabilidad limitada, que, con base en la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 28 de la referida ley, «ha de ser admitida siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir, *pues no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia física*; por el contrario, es un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas, posibilitando a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos» (cursivas nuestras).

15 En opinión de Doris Palmadera, las disposiciones establecidas para las S.A.C. no son exclusivas de esta forma societaria, y la S.A. bien podría incorporar al clausulado del estatuto muchas de esas reglas para adecuar la estructura interna de la sociedad a sus propios intereses y objetivos. Incluso, la mencionada autora considera que las S.A. pueden incorporar una cláusula de exclusión conforme a lo establecido en el 248 de la LGS, aun cuando esta posibilidad no está expresamente establecida para las S.A., es decir, similar situación a la que venimos tratando sobre juntas no presenciales (Palmadera, 2011, pp. 474, 475).

Al respecto, considero que también es amparable una interpretación en ese sentido: en vez de optar por un argumento a contrario (no deductivo y sí, más bien, inductivo), creándose una *norma prohibitiva implícita*, se puede completar la laguna *a partir de un principio* (o sea, una norma), empleando un argumento propiamente deductivo. Con ello, se crearía una *norma implícita permisiva* para que los socios puedan pactar la realización de juntas no presenciales en sus estatutos, o, incluso, proscribirlos. La importancia de inclinarse por una u otra posición radica en la pregunta que abordaremos en el acápite 4 de este artículo sobre los límites de la regulación de las juntas no presenciales en las sociedades anónimas ordinarias.

### **3. El artículo 21-A de la LGS y la realización de juntas no presenciales en todas las formas de sociedad anónima**

El 28 de junio de 2008 se publicó el D. Leg. N° 1061, mediante el cual se incorporó el artículo 21-A de la LGS.<sup>16</sup> Esta incorporación se dio en el marco de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo por parte del Congreso de la República con la finalidad de facilitar el Acuerdo de Promoción Comercial en el Perú-Estados Unidos y apoyar la competitividad económica.

Conforme a la exposición de motivos del referido D. Leg. N° 1061, mediante la incorporación del 21-A a la LGS se incluyó la posibilidad de que los accionistas o socios de las sociedades a que se refiere la LGS puedan votar y adoptar acuerdos ejerciendo su voto por medio electrónico con firma digital o medio postal con firma legalizada. El objetivo de esta incorporación fue «equipararnos así a legislaciones de mercados más desarrollados»; sin embargo, a casi 12 años de su incorporación en nuestro sistema normativo, resultaba por lo menos cuestionable el cumplimiento fáctico de dicho objetivo.<sup>17</sup>

---

16 «Artículo 21-A.- Voto por medio electrónico o postal.- Los accionistas o socios podrán para efectos de la determinación del quorum, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, ejercer el derecho de voto por medio electrónico siempre que éste cuente con firma digital o por medio postal a cuyo efecto se requiere contar con firmas legalizadas. Segundo párrafo. Cuando se utilice firma digital, para ejercer el voto electrónico en la adopción de acuerdos, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital, conforme a ley. Tercer párrafo. Cuando la sociedad aplique estas formas de voto deberá garantizar el respeto al derecho de intervención de cada accionista o socio, siendo responsabilidad del presidente de la junta el cumplimiento de la presente disposición. Cuarto párrafo. La instalación de una junta o asamblea universal, así como la voluntad social formada a través del voto electrónico o postal tiene los mismos efectos que una junta o asamblea realizada de manera presencial».

17 El uso de la firma digital se encuentra regulado mediante Ley 27269 y su Reglamento, aprobado mediante D.S. 052-2008-PCM. De acuerdo con el artículo 6 del Reglamento, la firma digital es una especie de firma electrónica que, utilizando una técnica de criptografía asimétrica, permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que este mantiene bajo su control, de manera que está vinculada únicamente al signatario y a los datos a los que refiere, lo que permite garantizar la integridad del contenido y detectar cualquier modificación ulterior, tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita, siempre y cuando haya sido generada por un Prestador de Servicios de Certificación Digital debidamente acreditado que se encuentre dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica. Durante el Estado de Emergencia, el INDECOPI autorizó que las

Si nos detenemos a analizar el texto del referido artículo 21-A de la LGS podemos apreciar que, fundamentalmente, regula la realización de sesiones no presenciales de junta de socios o accionistas. Esto se debe a que, a pesar de la limitación descriptiva de la sumilla («voto por medio electrónico o postal»), el contenido de este artículo refiere a cuatro elementos esenciales de una junta: quorum, participación del socio, votación y adopción de acuerdos. Así, por más que puedan apreciarse algunos defectos en la técnica legislativa, en mi opinión, *permitir* la no presencialidad de estos cuatro elementos implica que a partir de la vigencia de esta norma se abrió la posibilidad para que *todas las sociedades tengan juntas no presenciales*. En efecto, cuando hace posible que uno o todos los socios *participen* virtualmente, se entiende que permite que la propia deliberación sea virtual. Si ello es así, queda claro que la junta, en su totalidad, puede ser no presencial.

Hundskopf piensa de la misma manera. Según este autor, tal inclusión en nuestro espectro normativo fue lo más importante que nos trajo el referido D. Leg. N° 1061, pues autoriza la posibilidad de realizar juntas no presenciales en todo tipo de sociedades, a diferencia del régimen anterior, que solo admitía tal opción en el caso de las S.A.C., y bajo determinadas condiciones (Hundskopf, 2010, p. 10).

De hecho, la ubicación sistemática de artículo incorporado contribuye con esta conclusión, pues aparece en el libro primero, «Reglas Aplicables a Todas las Sociedades». Por lo tanto, en mi opinión, resultaría claramente aplicable no solo a la S.A., sino también a *todas* las sociedades reguladas por la LGS.

En ese sentido, a partir de 2008 ya no podría interpretarse que existe una laguna normativa en lo relacionado con las juntas no presenciales en las S.A. (conforme lo expuesto en el acápite 2.3. anterior). El supuesto de hecho, así, quedaría *completado* con una norma expresa que permite su realización en todo tipo de sociedades; sin embargo, ello no quiere decir que el análisis realizado en el acápite 2 sea irrelevante. Por el contrario, es determinante para resolver otros problemas, tal como se expondrá en el siguiente acápite.

#### **4. El papel del estatuto en la regulación de las juntas no presenciales de la S.A. antes y después de la incorporación del 21-A de la LGS**

Si bien el artículo 21-A de la LGS solucionó la cuestión sobre la existencia de una norma permisiva expresa, tal como procuré demostrar, trajo otra serie de problemas. Algunos de ellos, por ejemplo, son los siguientes: si una S.A. desea realizar juntas no presenciales a partir de 21-A, ¿necesita incorporar esta posibilidad en el estatuto?, ¿es posible pactar un procedimiento distinto al ofrecido por el 21-A, como por

---

empresas certificadoras verifiquen la identidad de las personas, aun cuando estas no se encontraran físicamente presentes. Esto permitió que se incrementara el uso de la firma digital; sin embargo, en el ámbito societario su uso hasta hace poco era nulo. Considero que esto obedece a varias razones: (i) que los procedimientos notariales no se adecuaron por completo al uso de la firma digital; (ii) los costos que implica que cada uno de los socios y directores realice su registro de firma digital y compra de certificados; (iii) que como regla general la verificación de la persona no puede ser a distancia; y, finalmente, (iv) que existen otros mecanismos societarios menos complicados para alcanzar el mismo fin.

ejemplo, el de la S.A.C.? Si se acuerda apartarse del procedimiento establecido en el 21-A, ¿necesariamente se debe incorporar dicha previsión en los estatutos?, ¿se puede incorporar de forma obligatoria la no presencialidad en el estatuto sin admitir la oposición de los socios?

Estas preguntas, en buena medida, se responden teniendo en cuenta los argumentos presentados en el acápite 2.3. Conforme dicho análisis, mostré que al menos existían dos alternativas interpretativas para «llenar» la laguna normativa que existía previa a la vigencia del artículo 21-A:

- (i) Existía una *norma prohibitiva implícita*, que establecía que las S.A. no podían realizar juntas no presenciales.
- (ii) Existía una *norma permisiva implícita*, que autorizaba a que los socios establezcan la regulación de las juntas no presenciales en el estatuto social.

Si tomamos la primera opción como correcta, entonces sería necesario interpretar que *solo* a partir de la dación del artículo 21-A de la LGS se otorgó a las S.A. la posibilidad de realizar juntas no presenciales, para lo cual se debía emplear el procedimiento establecido en dicho dispositivo normativo. Nótese que no determina expresamente como requisito pactar la incorporación de dicho procedimiento en el estatuto. Esto, a su vez, podría generar una nueva laguna normativa; no obstante, es perfectamente posible que esta sea completada apelando nuevamente a la autonomía de la voluntad societaria. En ese sentido, sería posible, también, que el estatuto impida cualquier realización de juntas no presenciales suprimiendo expresamente su utilización mediante un cambio estatutario.

En mi opinión, la norma incluida en el artículo 21-A de la LGS contiene una *norma permisiva* en el sentido de poder celebrar juntas no presenciales. Sin embargo, desde esta perspectiva interpretativa, este dispositivo también contiene una *norma obligatoria* consistente por la que, si se opta por la no presencialidad, entonces resulta obligatorio emplear el procedimiento establecido, esto es, recurrir al uso de firma digital o postal (lo cual, como se mencionó, genera otros problemas). En ese sentido, considerando que estamos bajo el escenario de la opción interpretativa (i), podríamos afirmar que no es posible incorporar en el estatuto la realización de juntas no presenciales fuera del estándar (sobre firma digital y postal) establecido en el 21-A.

Sin embargo, en este punto quedaría pendiente esclarecer si los socios de la S.A. pueden oponerse al uso de 21-A, tal como los socios de la S.A.C. pueden hacerlo conforme al 246 de la LGS. La falta de previsión de este aspecto en el 21-A nos lleva a una nueva laguna normativa que puede ser completada, al menos, de tres maneras diversas:

- a) *Argumento analógico*: se aplica la consecuencia jurídica del supuesto de hecho regulado en el 246 de la S.A.C., esto es, que no se podría llevar a cabo una sesión no presencial en caso los accionistas que representen el 20 % o más de las acciones con derecho a voto se opongan a ello.

- b) *Argumento a contrario*: en la S.A.C. se establece una oposición al uso de la sesión no presencial, mientras que en la S.A. no hay una previsión normativa expresa. Por tanto, no existiría una restricción al uso de la no presencialidad.
- c) *Principio de autonomía de la voluntad*: la laguna se completa con la norma expresa contenida en el artículo 62 de la Constitución. Por ello, los socios son libres de establecer o no algún tipo de restricción a la no presencialidad, como, por ejemplo, mayoría calificada para la prohibición de las juntas no presenciales.

De otro lado, si tomamos la alternativa (ii) como la correcta, esto es, que las S.A. *desde siempre* pudieron optar por la realización de juntas no presenciales, entonces se concluiría que el artículo 21-A de la LGS estableció la oportunidad de realizar juntas no presenciales (mediante el uso de la firma digital o postal) solo a aquellas sociedades que no cuenten con disposiciones estatutarias expresas respecto de la realización de juntas no presenciales.

Esto implicaría que, amparadas en la autonomía de la voluntad, las S.A. tendrían plenas facultades para apartarse del 21-A de la LGS, *incluso pactando procedimientos distintos a las normas contenidas en dicho dispositivo normativo*. Por ejemplo, se podría establecer juntas no presenciales conforme al modelo regulatorio de la S.A.C. (esto es, sin la necesidad de usar la firma digital, pero con la prohibición de usarla si socios que representan el 20 % acciones se oponen a hacerlo), o incluso un procedimiento totalmente ajustado a las necesidades de la sociedad (junta no presencial obligatoria sin oposición de socios, uso de firma electrónica en lugar de la digital, etcétera).

Frente a esta diversidad de alternativas interpretativas, me inclino a pensar que en la regulación de las sociedades *siempre* debe primar el principio de autonomía de la voluntad, sea para completar lagunas normativas, sea como criterios para interpretar las disposiciones normativas (metanormas). Si bien esto requiere de una explicación adicional, pienso que sus límites solo pueden residir en normas imperativas consagradas expresamente en la ley, sean estas reglas expresas o cláusulas generales (como el orden público, aunque también sea muy problemático definir sus linderos). Para ello, el legislador tiene una carga importante, dentro del ámbito de su discrecionalidad, de diseñar una regulación lo suficientemente clara y específica que genere la mayor seguridad jurídica posible, facilitando el adecuado desarrollo de la actividad económica empresarial.

## 5. Conclusiones

Este artículo no apunta propiamente a tomar posición sobre una u otra forma de interpretación de la regulación (o lagunas) societarias sobre las juntas no presenciales en las S.A., sino más bien busca evidenciar los diversos argumentos que nos llevan a consecuencias jurídicas totalmente distintas con un impacto en la práctica societaria.

En mi opinión, los problemas de técnica legislativa de la LGS y la falta de preocupación del legislador<sup>18</sup> han generado un ambiente de inseguridad jurídica que ha llevado a que muchas S.A. hayan paralizado la realización de sus juntas y directorios y, con ello, la toma de decisiones cruciales en una época de crisis global. Al final, se llegará a muchas dificultades para predecir el razonamiento y los argumentos que aplicarán los operadores jurídicos sobre estos aspectos (tanto abogados como notarios y registradores).

No debe olvidarse que el derecho societario es un ámbito jurídico en el que las cosas se mueven extremadamente rápido,<sup>19</sup> más aún frente a una crisis en la que todos nos vemos obligados a usar la tecnología para interrelacionarnos en todos los ámbitos de nuestra vida. En ese contexto, y sin perjuicio de los cambios inmediatos que se deban hacer para solucionar esta problemática, se hace evidente la importancia de acelerar el ritmo de la reforma de la LGS;<sup>20</sup> empero, considero también que esto debe ser visto como una gran oportunidad para repensar si es que acaso el anteproyecto de la LGS, tal como está plasmado ahora, es adecuado a los cambios necesarios que la sociedad deba implementar en la era de la pospandemia. Allí, un tema que brilla con luz propia es la incorporación de futuros —e incluso aún no desarrollados— mecanismos que faciliten que las personas detrás de las empresas reduzcan al mínimo el contacto entre ellas, y que se implemente, como regla general, el uso de la tecnología en todos los ámbitos societarios.

## Referencias

Baca, I., & Figallo, C. (2020). Celebración de juntas de accionistas y sesiones de directorio en tiempos de COVID-19. Recuperado el 6 de junio de 2020 de: <https://gestion.pe/blog/agenda-legal/2020/04/celebracion-de-juntas-de-accionistas-y-sesiones-de-directorio-en-tiempos-de-covid-19.html/>

Banco Mundial. (2019). Perú: diagnóstico de apoyo para el desarrollo de una Hoja de Ruta Mercado de Valores de Cara al Financiamiento del Sector Corporativo. Recuperado el 6 de

---

18 Incluso dentro de los países de la región se pudo advertir una rápida toma de decisiones. Por ejemplo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia emitió el Decreto N° 398, con fecha 13 de marzo de 2020, mediante el cual se reglamenta la realización de reuniones no presenciales de las juntas de socios, asambleas generales de accionistas o juntas directivas de todas las personas jurídicas sin excepción, incluso en aquellos casos en los que la sesión ya fue convocada, siempre que se hiciera tal precisión en la convocatoria.

19 No cabe duda de que el derecho societario es un ámbito en el que las cosas se mueven muy rápido. Coincido plenamente en que hay tendencias mundiales y que las legislaciones tienden hacia una convergencia; y que de lo que se trata es de que haya un lenguaje común para que la economía funcione de manera transfronteriza y sin problemas (Hundskopf, Payet, Montoya & Ferrero, 2017, p. 238).

20 De cierta forma podría entenderse que el anteproyecto de la LGS propone que todas las sociedades puedan realizar juntas no presenciales, sin la barrera del uso de la firma digital. Esta regulación podría haber sido útil, aunque, en mi opinión, insuficiente durante el aislamiento social obligatorio, porque existe una obligación de colocarlo en los estatutos. En efecto, si solo se puede modificar los estatutos para permitir la no presencialidad pero, para ello, debe haber al menos una junta presencial que así lo apruebe, entonces regresamos casi al mismo problema.



junio de 2020 de: [https://www.smv.gob.pe/Uploads/Peru-Diagnostico\\_del\\_MV-VF\\_aprobada.pdf](https://www.smv.gob.pe/Uploads/Peru-Diagnostico_del_MV-VF_aprobada.pdf)

Congreso de la República. (1997). *Diario de los Debates de la Comisión Permanente*. Recuperado de: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/C284CCA94E2ADC74052574790079E588>

Corporación Andina de Fomento. (2010). Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las empresas del Estado. Caracas: CAF. Recuperado el 6 de junio de 2020 de <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/559>

Corporación Andina de Fomento. (2013). Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. Caracas: CAF. Recuperado el 6 de junio de 2020 de <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/555>

Elías Laroza, E. (2000). Derecho societario peruano. *La Ley General de Sociedades del Perú*, 2. Lima: Gaceta Jurídica.

Ferrero Diez Canseco, A. (1998). Las formas especiales de sociedad anónima en la nueva Ley General de Sociedades. *THEMIS-Revista de Derecho*, (37), 17-33. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11689>

.(Tucción de).Madrid: .

Guastini R. (2015). *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Lima: Raguel.

Hundskopf, E. O., Ezcurra, R. H., Aguilar, C. A. B., Amaya, A. L. R., & Castellares, A. R. (2010). *Manual de actualización comercial*. Lima: Gaceta Jurídica (10, 11 y 12).

Hundskopf Exebio, O., Payet Puccio, J. A., Montoya Stahl, A., & Ferrero Álvarez-Calderón, G. (2017). Mesa Redonda: Reforma de la Ley General de Sociedades en el Perú. *THEMIS-Revista de Derecho*, (72), 237-257. Recuperado el 6 de junio de 2020 a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20252>

Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción al estudio del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Normand Sparks, E. (1997). Exposición de presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades a la Comisión Revisora del Congreso de la República. Recuperado a partir de: <https://sociedades560.files.wordpress.com/2017/12/normand.pdf>

OCDE. (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20. Paris: Éditions OCDE. Recuperado el 6 de junio de 2020 de: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Palmadera, Romero D. F. (2011). *Manual de la Ley General de Sociedades: un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias*. Lima: Gaceta Jurídica.

Pastor, A., & Rodríguez, C. (1998). La reforma societaria: cambios, implicancias y perspectivas. Entrevista con Alfredo Ferrero Diez Canseco. *Ius et Veritas*, 9(16), 142-149. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15767>

Rosales, J. (2020). Juntas de accionistas virtuales: persisten dificultades para las sociedades anónimas. Recuperado el 6 de junio de 2020 de: <https://semanaeconomica.com/legal-po>

litica/marco-legal/juntas-de-accionistas-virtuales-persisten-las-dificultades-para-las-sociedades-anonimas

Salas Sánchez, J. (2008). Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad. *Ius et Veritas*, 18(36), 64-102. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12254>

Valle, O. (2020). El derecho societario en los tiempos del COVID-19. Recuperado el 6 de junio de 2020 de: <http://forseti.pe/periodico/articulos/el-derecho-societario-en-los-tiempos-del-covid-19/>

Véliz, S., & D'Medina, P. (2020) Las juntas de accionistas no presenciales en el contexto de la pandemia: ¿una herramienta eficiente? Recuperado el 6 de junio de 2020 de: <https://ius360.com/societario/las-juntas-de-accionistas-no-presenciales-en-el-contexto-de-la-pandemia-una-herramienta-eficiente/>



# **Mecanismos concursales adoptados para enfrentar la crisis del COVID-19**

*Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero*

Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados



## 1. Introducción

El estado de emergencia declarado por el Estado debido a la proliferación de la pandemia del coronavirus (COVID-19) ha ocasionado y ocasionará una crisis económica y financiera no solo a nivel local sino mundial. Numerosas empresas nacionales enfrentan la falta de liquidez para cumplir con sus deudas, situación que está provocando el rompimiento de la cadena de pagos.

Cuando una empresa atraviesa una situación de crisis económica o financiera debe adoptar una serie de decisiones para afrontar dicha crisis, entre ellas la de reestructurar sus deudas.

En ese sentido, el sistema concursal surge como una alternativa para afrontar y superar las crisis empresariales, pues está compuesto de una serie de instituciones que operan de manera excepcional en el ordenamiento jurídico; la doctrina reconoce su particular naturaleza y su carácter excepcional sustentados en principios exclusivos, como señalan Bonfanti y Garrone «[...] principios que son propios y aun exclusivos del instituto» (1983, p. 47), tales como universalidad, colectividad e igualdad, para contrarrestar situaciones en las que el patrimonio de algún agente económico es insuficiente para honrar las obligaciones asumidas frente a los acreedores y, así, satisfacer a la colectividad de sus acreedores.

De este modo, el derecho concursal opera cuando el derecho común no otorga una solución a la crisis patrimonial en que está inmerso el deudor, debido a que esta crisis involucra una pluralidad de intereses distintos (colectividad de acreedores). El accionar individual de cada acreedor frente al patrimonio del agraviado no sería una alternativa eficiente, dado que el desbalance patrimonial del deudor hace imposible que todos los acreedores cobren la totalidad de sus acreencias de manera igualitaria y simultánea.

Por eso se dice que este derecho regula escenarios excepcionales de crisis patrimoniales, en los que se desarrollan los sujetos deudores con más de un acreedor, lo que hoy en día denominamos «concurso de acreedores».

Al referirnos al accionar individual de los acreedores, debemos señalar que el acreedor, al tomar conocimiento de la situación falencial del deudor, es decir, un agente económico que está en la imposibilidad de honrar sus obligaciones, opta por un comportamiento que incluso podríamos catalogar de normal, puesto que buscará ejecutar y/o accionar de manera individual las medidas legales que tenga disponi-

bles contra el patrimonio de su deudor (contra uno o varios bienes de él) para, de tal manera, satisfacer sus intereses particulares, pues: «El patrimonio del deudor se convierte, así, en algo similar a un bien común y escaso, del cual cada acreedor afectado buscará, en forma individual, obtener el mayor provecho» (Echeandía, 1996, p. 217).

Para evitar situaciones antes descritas, nuestro sistema concursal, mediante la Ley General del Sistema Concursal, prohíbe que los acreedores realicen acciones judiciales, arbitrales y/o administrativas de manera individual, con ocasión de la recuperación de sus créditos.<sup>1</sup>

De alguna manera, lo que hace el derecho concursal es promover el accionar de la colectividad de acreedores del deudor, pues al negársele la posibilidad de accionar de manera individual se establecen incentivos para que de manera conjunta determine soluciones adecuadas.

Por este motivo, la ley concursal peruana establece una serie de mecanismos de protección del patrimonio del deudor para mantener este inalterable; así el deudor se da una pausa en el pago de obligaciones (deudas) exigibles, las cobranzas judiciales y extrajudiciales no podrán ser ejecutadas y el patrimonio del deudor no podrá ser objeto de acto de disposición por parte de este, salvo aquellos relacionados con el desarrollo normal de la actividad.

## 2. El panorama actual del sistema concursal peruano

En el Perú, el sistema concursal está regulado por la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC) y sus modificaciones, y se trata de un sistema *sui generis*, debido a que, a diferencia de otros países, el órgano responsable de tramitar, dirigir y supervisar los procedimientos de insolvencia es uno administrativo y no uno judicial. En nuestro país, la institución competente para conducir los procedimientos concursales de deudores domiciliados en él es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Dicha competencia fue atribuida a esta autoridad administrativa a finales del año 1992, con la modificación del sistema de quiebras de empresas en el Perú a través de la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento, régimen que derogó la Ley Procesal de Quiebras y desjudicializó el proceso de insolvencia dando pase a una autoridad administrativa como la responsable de la conducción de dicho proceso. Así mismo, la administración que recaía en el síndico se trasladó a la Junta de Acreedores, decidiendo esta el destino del deudor insolvente.

La referida Ley de Reestructuración Empresarial fue derogada en 1999 por la Ley de Reestructuración Patrimonial, que a su vez dio pase, en 2002, a la actual Ley de

---

1 Ley General del Sistema Concursal.- Título Preliminar.

«Artículo I.- Objetivo de la Ley

El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor».

Insolvencia, que fue atractiva en sus primeros años para el reflotamiento de una empresa o su salida ordenada del mercado.

Así, en el período enero-diciembre de 2019 publicaron en el Boletín Concursal del INDECOPI 47 procedimientos concursales, de los cuales 16 (34,04 % del total) fueron iniciados por mandato del Poder Judicial, en aplicación de los artículos 692-A o 703 del Código Procesal Civil; mientras que 23 (48,94 %) fueron iniciados a pedido de los acreedores y 8 (17,02 %) a solicitud de los deudores.<sup>2</sup>

Por otro lado, de acuerdo con el reporte de Doing Business 2020 del Banco Mundial, el cobro a las empresas que se encuentran sometidas a un procedimiento concursal demora 3,1 años, con un promedio de recuperación de 31,3 centavos por cada dólar adeudado.<sup>3</sup>

La poca cantidad de empresas sometidas a concurso obedece a factores como la espera de una modificación integral del sistema concursal no solo en el ámbito legal sino también en lo estructural y la estabilidad económica y el ahorro fiscal del Estado peruano en los últimos años; sin embargo, la pandemia del coronavirus cambiará radicalmente el escenario concursal y las empresas se verán obligadas a retomar de manera masiva el uso del sistema concursal como salvataje empresarial mediante sus diversos tipos de procedimientos, incluyendo el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (en adelante, PARC).

### **3. Rápida mirada a los procedimientos concursales regulados por la LGSC**

Es crucial para el deudor acogerse al sistema de insolvencia de manera inmediata, en búsqueda de una reorganización y/o de mecanismos de reprogramación de pagos que le permitan cumplir con sus deudas, pues mientras más tiempo transcurra envuelto en el incumplimiento de pagos, más difícil será salir de la crisis por la que atraviesa. Con tal fin, la LGSC establece dos tipos de procedimientos concursales: el ordinario y el preventivo.

#### **3.1. El procedimiento concursal ordinario**

Este procedimiento puede ser iniciado a solicitud del propio deudor o de uno o varios de sus acreedores.

##### *3.1.1. Inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido del deudor*

Cualquier deudor podrá solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos:

---

2 Para mayor abundamiento ver: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3387871/Primer+Trim+2020/d17e1a3b-23d2-a57b-1ec5-888ef5eb5497> (página web visitada el 30 de mayo de 2020).

3 Para mayor información, ver: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> (página web visitada el 30 de mayo de 2020).

(i) que más de un tercio (1/3) del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario; o, (ii) que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

Así mismo, deberá presentar una serie de documentos societarios, contables y financieros para acreditar encontrarse en alguno de los supuestos recién mencionados.

### 3.1.2. *Inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores*

Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) unidades impositivas tributarias vigentes a la fecha de presentación,<sup>4</sup> podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor.

## 3.2. **Procedimiento concursal preventivo**

Este procedimiento solo puede ser impulsado por el deudor, y para someterse a él este no debe estar inmerso en las causales del procedimiento concursal ordinario a pedido del deudor, es decir, (i) que no más de un tercio (1/3) del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor de treinta (30) días calendario; o, (ii) que no tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

## 3.3. **Aspectos generales de los procedimientos concursales**

A partir de la difusión del procedimiento concursal por parte del INDECOPI mediante la publicación de su boletín oficial, se producen los siguientes efectos:

- *Inexigibilidad de las obligaciones del deudor*: se suspende la exigibilidad de las obligaciones del deudor hasta que se apruebe un Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación que establezca condiciones diferentes referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento; en dicho período no se devengarán intereses moratorios, ni procede la capitalización de intereses.
- *Marco de protección del patrimonio del deudor*: no proceden medidas cautelares que afecten el patrimonio del deudor; si ellas han sido ordenadas pero no trabadas, la autoridad (judicial, arbitral o coactiva) se abstendrá de trabarlas; si, por el contrario, han sido trabadas, se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes involucrados. Esta abstención no alcanza a las medidas *pasibles de registro* ni a cualquier otra que no signifique la desposesión de los bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio.

---

<sup>4</sup> Mediante Decreto Supremo N° 380-2019-EF publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre de 2019, se estableció que el valor de la UIT para el año 2020 asciende a S/4300,00.

Así mismo, no procede la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados en garantía, salvo que estos hayan sido otorgados en garantía de obligaciones de terceros.

- *Ineficacia de los actos celebrados por el deudor*: cualquier acreedor, administrador y/o liquidador podrá interponer una demanda de ineficacia concursal sobre aquellos actos celebrados por el deudor a título oneroso o gratuito, no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, causen un perjuicio al patrimonio del deudor y se hayan realizado un año antes desde que: (i) se presentó la solicitud para acogerse a un procedimiento concursal; (ii) el deudor fue notificado de la resolución de emplazamiento; o, (iii) fue notificado del inicio de la disolución y liquidación directa («período de sospecha»); así mismo, los actos celebrados desde los hechos descritos anteriormente hasta que la junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo convenio de liquidación, según sea el caso.

Como colofón podemos mencionar que, en un escenario apremiante en contra del deudor y en una inexorable crisis de este, los acreedores pueden solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario de su deudor, para lo cual este deberá acreditar ante la autoridad concursal tener créditos vencidos y exigibles por más de 30 días calendarios y superiores a 50 UIT o el propio deudor someterse a un procedimiento concursal ordinario o preventivo.

No obstante, dado el tiempo que toma la declaración de situación de concursal y la conformación de la junta de acreedores de los procedimientos concursales ordinarios y preventivos, así como la adopción de las decisiones por parte de estos, el Poder Ejecutivo decidió crear un procedimiento transitorio especial para afrontar la crisis de la pandemia, que en teoría sería uno mucho más rápido que los ya existentes.

#### **4. El Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)**

El tiempo de confinamiento decretado por el Estado, debido a la proliferación de la pandemia del coronavirus (COVID-19), ha ocasionado que la mayoría de empresas dejen de operar por un extenso período de tiempo. Muchas de ellas han tenido ingresos cero (0), lo que a su vez ha generado y generará una crisis económica o financiera a numerosas empresas nacionales que enfrentan la falta de liquidez para cumplir con sus deudas, de modo que ocurrirá el rompimiento de la cadena de pagos.

Por ello, para afrontar esta crisis el Gobierno ha lanzado diversas medidas de rápida implementación y aplicabilidad, sea en materia tributaria, financiera, etcétera; y en referencia al manejo de las crisis empresariales, no podía ser ajeno.

En virtud de lo expuesto anteriormente, el 27 de marzo de 2020 se publicó la Ley N° 31011, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, mediante la cual el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad

de legislar en materia concursal, con la finalidad de dictar medidas para amortiguar el impacto y promover la reactivación económica en el contexto del estado de emergencia.

En esa línea, el 11 de mayo de 2020 el Ejecutivo publicó el Decreto Legislativo N° 1511, que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC) para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19. Con este decreto se implementa un procedimiento concursal *fast track* (de trámite celeré, a diferencia de los procedimientos concursales ordinarios y preventivos) que permite a las empresas afectadas por el estado de emergencia refinanciar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, liquidación y quiebra, buscando su continuidad en el mercado así como el mantenimiento de la mencionada cadena de pagos.

Pueden someterse a este procedimiento las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, así como las asociaciones domiciliadas en el Perú por una sola vez, hasta el 31 de diciembre de 2020. Se excluye a las personas naturales, sociedades conyugales, sucesiones indivisas, entidades estatales, AFP, entidades del sistema financiero o del sistema de seguros. Así mismo, la competencia para resolver la tramitación de estos procedimientos se ha mantenido a cargo del INDECOPI.

El PARC es un procedimiento 100 % virtual que puede ser iniciado solo por el deudor, quien mantiene la administración durante su tramitación. Los efectos surgen desde la publicación del aviso del inicio del PARC en el Boletín Concursal del INDECOPI, y son los mismos que los procedimientos concursales ordinarios y preventivos: (i) suspensión de la exigibilidad de obligaciones; (ii) marco de protección legal del patrimonio del deudor; y, (iii) pueden iniciarse las acciones de ineficacia contra los actos celebrados por el deudor y reintegro de bienes a la masa concursal.

Además, el mencionado decreto legislativo señala que los procedimientos concursales ordinarios presentados por acreedores después de la solicitud de inicio del PARC serán declarados improcedentes, mientras que aquellos presentados por acreedores antes de la solicitud de inicio del PARC sin que se haya efectuado su publicación en el Boletín Concursal serán suspendidos y, en caso se resuelva admitir a trámite el PARC, se declarará la conclusión de dicho procedimiento concursal ordinario sin pronunciamiento sobre el fondo.

Por otro lado, de acuerdo con esta norma las juntas de acreedores se realizarán de manera virtual con la participación de un notario, teniendo como único tema de agenda la aprobación o desaprobación del Plan de Refinanciación Empresarial (PRE). Es preciso resaltar que los acreedores laborales y vinculados carecen de derecho de voto en la Junta de Acreedores.

Este PRE deberá contener un tratamiento y cronograma de pagos por clase de acreedores y, aprobado o no, concluye el PARC. Adicionalmente, el referido decreto agrega que, de los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 40 % se asignará a créditos laborales y un 10 % a créditos de consumo. No procede el registro de créditos contingentes, ya que se debe contemplar la provisión de estos créditos en el PRE.

Del mismo modo, señala que en caso el deudor incumpla con alguna de sus obligaciones, el PRE queda automáticamente resuelto, sin requerir algún pronunciamiento adicional del INDECOPI; y de constatarse la falsedad de la información



presentada, se declarará la nulidad del PARC y del PRE (en caso hubiere sido aprobado), sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan.

Sin embargo, este nuevo procedimiento está diseñado para aquellos agentes económicos cuyos problemas se produjeron por la crisis del COVID-19 y que al momento que se sometan a él dicha crisis se haya visto superada y solo se busque refinanciar las deudas hasta ese momento, como si la crisis de la pandemia fuese temporal o estacional, lo cual no corresponde a la realidad, pues ella tendrá un impacto en la operatividad de las empresas de, por lo menos, un par de años.

Por otro lado, la autoridad concursal deberá contar con el personal suficiente para tramitar dentro del tiempo estimado estos nuevos procedimientos; de lo contrario no cumpliría con su cometido, resolver en el más breve tiempo posible y dentro de los plazos estimados, sin dejar de lado el trámite de los procedimientos concursales ordinarios y preventivos iniciados antes y después del estado de emergencia.

Finalmente, está en manos de los acreedores o deudores concluir que el PARC es un mecanismo idóneo para el salvataje empresarial; de otra manera estos pueden recurrir a los procedimientos concursales ordinarios o preventivos como una alternativa de solución ante la crisis.

En ese sentido, resulta importante mencionar las principales diferencias entre estos tres procedimientos (cuadro 1).

	<b>Procedimiento Concursal Preventivo (PCP)</b>	<b>Procedimiento Concursal Ordinario (PCO)</b>	<b>Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)</b>
<b>Deudores</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cualquier persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas o sucursales que realicen actividad empresarial.</li> <li>• Se excluye a las entidades estatales, AFP, entidades del sistema financiero o del sistema de seguros.</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, así como las asociaciones domiciliadas en el Perú.</li> <li>• Se excluye a las personas naturales, sociedades conyugales, sucesiones indivisas, entidades estatales, AFP, entidades del sistema financiero o del sistema de seguros.</li> </ul>
<b>A solicitud del...</b>	Deudor	Deudor/Acreedor	Deudor

	<b>Procedimiento Concursal Preventivo (PCP)</b>	<b>Procedimiento Concursal Ordinario (PCO)</b>	<b>Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)</b>
<b>Procedimientos paralelos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prevalecerá el de fecha anterior.</li> <li>• De presentarse en la misma fecha, prevalecerá el preventivo y se suspenderá el ordinario.</li> <li>• De no aprobarse el AGR o no declararse el acogimiento, se levantará la suspensión y se continuará con el PCO.</li> <li>• Publicado el concurso no procederá cualquier otro.</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los PCO, a pedido de acreedores presentados con posterioridad, son improcedentes.</li> <li>• Los presentados antes del PARC son suspendidos y, una vez se admita a trámite este, concluidos.</li> </ul>
<b>Administración</b>	La mantiene el deudor.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En una reestructuración la administración puede mantenerse, cambiar por una nueva o ser mixta.</li> <li>• En una liquidación, el deudor la pierde y será el liquidador quien la ejerza.</li> </ul>	La mantiene el deudor.
<b>Reconocimiento de créditos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 30 días hábiles para que los acreedores los presenten.</li> <li>• De presentarse fuera de plazo serán improcedentes.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 30 días hábiles para que los acreedores los presenten.</li> <li>• Los presentados fuera de plazo son declarados créditos tardíos y carecen de voz y voto en juntas, salvo en una liquidación.</li> <li>• Los créditos contingentes contarán con voz pero sin voto en junta.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De presentarse fuera de plazo serán improcedentes.</li> <li>• No son pasibles de reconocimiento los créditos laborales y de consumo.</li> <li>• No procede el registro de créditos contingentes.</li> </ul>

	<b>Procedimiento Concursal Preventivo (PCP)</b>	<b>Procedimiento Concursal Ordinario (PCO)</b>	<b>Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)</b>
<b>Junta de Acreedores</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Podrá pronunciarse sobre: a) elección de sus autoridades, y b) aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación (AGR).</li> <li>La Junta podrá prorrogar la aprobación del AGR por única vez hasta por 15 días hábiles posteriores a su instalación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Podrá pronunciarse sobre: a) elección de sus autoridades; b) el destino del deudor; c) la aprobación del régimen de administración o designación del liquidador; d) la aprobación del Plan de Reestructuración (PR) o del Convenio de Liquidación (CL); y, e) el nombramiento del Comité y delegación de facultades y demás temas que justifiquen la decisión de la Junta.</li> <li>La Junta contará con un plazo de hasta 45 días hábiles de instalada para decidir el destino del deudor.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El único tema de agenda es la aprobación o desaprobación del Plan de Refinanciación Empresarial (PRE).</li> <li>Participación remota de un notario, que deberá grabar la sesión de Junta.</li> <li>Los acreedores laborales y vinculados carecen de derecho de voto.</li> </ul>
<b>Créditos vinculados</b>	<p>Cuando estos representen más del 50 % del total de créditos reconocidos y se ponga a consideración el destino del deudor o la aprobación de los instrumentos concursales y sus modificaciones, se deberán realizar dos votaciones por separado:</p> <p>En primera convocatoria se requerirá el voto de más del 66,6 % de los vinculados, así como más del 66,6 % de los no vinculados.</p> <p>En segunda convocatoria se requerirá el voto de más del 66,6 % de acreedores asistentes, en ambas clases.</p>		No tienen derecho de voto.
<b>Instrumentos concursales por aprobar</b>	Acuerdo Global de Refinanciación (AGR)	Plan de Reestructuración (PR) / Convenio de Liquidación (CL)	Plan de Refinanciación Empresarial (PRE)

	Procedimiento Concursal Preventivo (PCP)	Procedimiento Concursal Ordinario (PCO)	Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)
Características	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se destinará por lo menos un 30 % al pago de créditos laborales que tengan primer orden de preferencia.</li> <li>• En todo lo no previsto en este procedimiento serán de aplicación las normas que regulan el PCO.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plan de Reestructuración Debe contener un cronograma de pagos que incluya los créditos reconocidos, los que no y los contingentes (cuanto menos un 30 % para el pago de acreencias laborales).  El pago de los créditos no se realiza bajo un orden de preferencia en específico.  Los créditos tributarios generados hasta la publicación del concurso no devengarán ni generarán moras, recargos ni multas por falta de pago, y no serán capitalizados ni condonados.</li> <li>• Convenio de Liquidación El pago de los créditos se realiza en cumplimiento del orden de preferencia establecido.  La transferencia de un bien del deudor genera el levantamiento automático de todos los gravámenes, medidas cautelares o cargas que pesen sobre este.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratamiento y cronograma de pagos por clase de acreedores. La aprobación del PRE puede prorrogarse por única vez (por 10 días hábiles como máximo).</li> <li>• Puede ser materia de impugnación o nulidad de oficio.</li> <li>• Tratamiento especial de créditos laborales y de consumo, 40 % y 10 % de los fondos anuales. Provisión de créditos contingentes.</li> </ul>

	<b>Procedimiento Concursal Preventivo (PCP)</b>	<b>Procedimiento Concursal Ordinario (PCO)</b>	<b>Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)</b>
Consecuencias del incumplimiento	Resolución automática.	De incumplir con el Plan de Reestructuración, no se apruebe este en Junta o no se suscriba el Convenio de Liquidación, se declarará la disolución y liquidación de la empresa.	Resolución automática.
Conclusión del procedimiento concursal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Con la aprobación o desaprobación del AGR (se podrá declarar el inicio de un PCO en caso más del 50 % de créditos reconocidos o asistentes así lo decida).</li> <li>• De no instalarse la Junta.</li> <li>• De no pronunciarse sobre el AGR en 15 días.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De no contar con más de un acreedor reconocido.</li> <li>• En una reestructuración patrimonial, cuando se hayan pagado todos los créditos del plan.</li> <li>• En una disolución y liquidación, cuando: (i) el liquidador haya cancelado todos los créditos; (ii) cuando no haya activos con qué pagar a los acreedores, el liquidador solicitará la quiebra judicial; o, (iii) no exista liquidador interesado en llevar un proceso de liquidación conducido por la autoridad concursal.</li> </ul>	Con la aprobación o desaprobación del PRE.
Período de inhibición	Una vez cada 12 meses contados desde la conclusión del procedimiento anterior.		Se tramitará una sola vez.

## 5. Hacia la digitalización del sistema concursal

Si bien el Estado peruano, como parte de sus políticas públicas del año 2019, se propuso el impulso de la digitalización de los servicios que brindaba como parte de la modernización del país, el estado de emergencia sanitaria ha hecho que este se acelere, a tal punto que en muchos organismos gubernamentales sea una necesidad imperiosa.

En ese sentido, el pasado 10 de mayo el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1497<sup>5</sup> (en adelante, Decreto Legislativo) que estableció, entre otras disposiciones, que las entidades públicas tenían la obligación de convertir sus procedimientos administrativos a plataformas virtuales.

En esa línea, en el caso particular de los trámites ante el INDECOPI, que abarcan, entre otros, los de materia concursal, la cuarta disposición complementaria transitoria del mencionado Decreto Legislativo estableció que se ha suspendido hasta el 31 de diciembre de 2020 la obligación de los administrados de entregar de manera física los escritos presentados de manera virtual, incluso aquellos presentados con anterioridad al 10 de mayo de 2020.

Es pertinente acotar que, si bien desde el año 2015 existía la plataforma virtual del INDECOPI para presentar documentos, de conformidad con el artículo 134.3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Directiva N° 006-2015/TRI-INDECOPI, Reglas aplicables para la recepción de documentos por medios de transmisión a distancia dirigidos a los órganos resolutores del INDECOPI, estos se deberían entregar físicamente dentro del tercer día hábil de su presentación virtual en mesa de partes de dicha institución.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo, ya no será necesario, al menos temporalmente, ingresar físicamente los documentos que han sido presentados a través de la plataforma virtual del INDECOPI.

De este modo, esta entidad deberá garantizar y custodiar los documentos que se presenten en la plataforma virtual en beneficio de los administrados y en trámite célere de los procedimientos concursales en curso, como el PARC.

## 6. Las sesiones de juntas virtuales de acreedores

El 23 de mayo de 2020 entró en vigencia la Directiva N° 001-2020-DIRCOD-INDECOPI, que regula las reuniones virtuales de Junta de Acreedores, implementación y formalidades para su realización (en adelante, la Directiva), aprobada mediante Resolución N° 000055-2020-PRE/INDECOPI.

Esta Directiva tiene por finalidad regular la implementación de la cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1511, decreto que creó el PARC, en lo concerniente a la emisión de disposiciones especiales para la realiza-

---

<sup>5</sup> Decreto Legislativo que establece medidas para promover y facilitar condiciones regulatorias que contribuyan a reducir el impacto en la economía peruana por la emergencia sanitaria producida por el COVID- 19.

ción de las reuniones de la Junta de Acreedores en los procedimientos concursales previstos en la LGSC o en otras normas especiales de naturaleza concursal, mediante cualquier medio o acceso remoto.

Ella versa principalmente sobre la convocatoria a Junta de Acreedores de deudores sometidos a procedimientos concursales, la participación de los acreedores en ella, la verificación del quórum, el desarrollo de las reuniones virtuales de Junta de Acreedores y la elaboración de las actas.

Respecto a la convocatoria a Junta de Acreedores, la Directiva señala que se realizará conforme a lo establecido en los artículos 43 y 57 de la LGSC<sup>6</sup> y la Directiva N° 009-2018/DIR-COD-INDECOPI, que regula la implementación de la publicación del Boletín Concursal del INDECOPI, debiendo indicar en la publicación el enlace u otra forma de acceso remoto a la reunión virtual de la Junta de Acreedores, los cuales son estrictamente de uso personal del deudor, del acreedor o de quien ejerza la representación en Junta.

No obstante, lo que no establece la Directiva es la formalidad del apersonamiento de los representantes de los acreedores, por lo que se desprende que se debe cumplir con lo señalado en el artículo 47.1 de la LGSC, que determina que los acreedores podrán acreditar representantes con una anticipación no menor de dos (2) días a la fecha de la primera convocatoria mediante carta poder simple con firma legalizada, salvo los acreedores cuyos créditos se deriven de remuneraciones y beneficios sociales, quienes serán representados por aquellos que designe el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En cuanto a la participación de acreedores y verificación del quórum, la Directiva señala que, en el caso de las Juntas de Acreedores en las que obligatoriamente tenga que participar un representante de la Comisión, dicho representante tendrá la función de administrador de la plataforma que se utilice, pudiendo permitir o denegar el acceso a las personas que accedan a la plataforma luego de verificar su identidad.

El representante de la Comisión dejará constancia en el expediente administrativo de la participación del deudor y los acreedores que hayan asistido, así como de la realización o no de la reunión virtual de la Junta de Acreedores. En caso la Junta se realice sin la participación de dicho representante, la verificación de la participación del deudor y de los acreedores estará a cargo del presidente de la Junta, reunión que deberá ser grabada. Mientras que, en el caso de los PARC, las funciones del representante de la Comisión son realizadas por el notario público.

El acceso a la reunión virtual se realizará utilizando la cuenta de correo electrónico que hayan señalado el deudor y los acreedores en el procedimiento concursal, debiendo INDECOPI velar por la correcta protección y adecuado tratamiento de los datos personales que le puedan ser remitidos por los participantes en las juntas.

Así mismo, la Directiva precisa que, en caso de presentarse información falsa referida a la identidad o facultades de representación, se sancionará con multas no menores de una (1) ni mayores de cincuenta (50) unidades impositivas tributarias, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera corresponder.

---

<sup>6</sup> Artículos referidos a la convocatoria de instalación de Junta de Acreedores y posteriores sesiones de Junta.

Por otro lado, en lo relacionado con el desarrollo de las sesiones de Junta de Acreedores, establece que la verificación del quórum y las mayorías requeridas para la adopción de los acuerdos será de responsabilidad del representante de la Comisión o de quien presida la Junta de Acreedores, en caso de ausencia de aquel.

De igual manera, agrega que corresponderá a quien conduzca la reunión virtual de la Junta de Acreedores permitir el ejercicio de los derechos políticos de las partes, realizándose las votaciones en línea. Estas reuniones virtuales se considerarán realizadas en la ciudad en la que se encuentre la comisión competente a cargo de la tramitación del procedimiento concursal.

La plataforma o cualquier medio tecnológico que se utilice para las reuniones virtuales deberá permitir grabar el audio y video de estas; adicionalmente, en aquellas reuniones en las que no participe el representante de la autoridad concursal, se deberá adjuntar la grabación de la reunión virtual.

Es importante que dicha plataforma pueda asegurar el rápido acceso de los participantes a las Juntas de Acreedores y facilitar el cómputo del quórum y mayorías, así como la acreditación de los deudores y acreedores, además de velar por la seguridad y la privacidad de las reuniones virtuales que se lleven a cabo.

Finalmente, en lo referido al acta de la sesión virtual de Junta de Acreedores, la Directiva señala que esta se elaborará conforme a lo establecido en la LGSC y la Directiva N° 004-2003/CCO-INDECOPI,<sup>7</sup> siendo responsable el presidente de la Junta de Acreedores de dicha elaboración. Sin embargo, en el caso de los PARC, la confección del acta será de competencia del notario público, quien la suscribirá y remitirá a la Comisión.

## 7. Conclusiones

El sistema concursal surge como una alternativa para afrontar y superar las crisis empresariales promoviendo el accionar de la colectividad de acreedores del deudor, pues sin posibilidad de accionar de manera individual se crean incentivos para que de manera conjunta busquen el mayor recupero de sus acreencias.

Así, los acreedores pueden solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario de su deudor, para lo cual este deberá acreditar ante la autoridad concursal, tener créditos vencidos y exigibles por más de 30 días calendarios y superiores a 50 UIT o el propio deudor someterse a un procedimiento concursal ordinario o preventivo.

No obstante, el tiempo que toma la conformación de estos procedimientos concursales ha hecho que el Poder Ejecutivo adopte medidas al respecto. Así, el Gobierno ha lanzado diversas medidas para afrontar las crisis empresariales que se avecinan.

En ese sentido, ha creado el PARC para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19, siendo este un procedimiento concursal célere que permite a las empresas afectadas por el estado de emergencia refinanciar

---

7 «Formalidades, contenido, aprobación y validez de las actas de juntas de acreedores».



sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, liquidación y quiebra, buscando su continuidad en el mercado, así como el mantenimiento de la mencionada cadena de pagos.

Adicionalmente, pueden someterse a este nuevo procedimiento las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, así como las asociaciones domiciliadas en el Perú por una sola vez, hasta el 31 de diciembre de 2020, excluyendo a las personas naturales.

Por otro lado, en referencia a la presentación de documentos de manera virtual, al menos hasta el 31 de diciembre de 2020 INDECOPI ha habilitado la mesa de partes *online*, de modo que los administrados puedan hacer esta entrega cumpliendo con el aislamiento social que vive el país. Corresponde a la autoridad concursal garantizar el resguardo de la información que presenten los administrados, en beneficio de un trámite célere de los procedimientos concursales en trámite y de los que se vayan a impulsar en adelante, incluido el PARC.

En cuanto a las sesiones de Junta de Acreedores virtuales, la plataforma que se empleará deberá garantizar el rápido acceso de los participantes a ellas y facilitar el cómputo del quórum y mayorías, así como la acreditación de los deudores y acreedores, además de velar por la seguridad y la privacidad de las reuniones virtuales que se lleven a cabo.

## Referencias

- Bonfanti, Mario, & Garrone, José (1983). *Concurso y quiebras*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Echeandía, Francisco (1996). La insolvencia no es cosa de juego: cuando en los concursos se apuesta por salvar empresas viables. *Themis*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 34.



**Cobrar o condonar, esa es la cuestión:  
Comentarios al cobro de intereses en  
reprogramaciones durante el COVID-19**

*Dario Bregante Tassara*  
*Adolfo Morán Cavero*  
Ernst & Young Law



*The old adage that the road to hell is paved with good intentions applies to many aspects of life, among them regulatory policy.*

Peter Grabosky (1995, p. 347)  
Counterproductive Regulation

## 1. Introducción

A lo largo de la historia, la humanidad ha enfrentado numerosas crisis económicas que han tenido diversas causas. Muchas de ellas tuvieron orígenes financieros y sociales, como la Gran Depresión<sup>1</sup> y la Gran Recesión<sup>2</sup> de final de la década de 2000. Sin embargo, otras se originaron por eventos extraordinarios en cuya ocurrencia el ser humano no tuvo mayor participación. Nos referimos a las pandemias.

El mundo ha sido azotado por pandemias en diferentes épocas. Una de las más estudiadas es la peste negra, que afectó severamente a países de Europa y Asia durante el siglo XIV. Otra, menos antigua, es la gripe española de 1918, que duró aproximadamente dos años y mató a entre 50 y 100 millones de personas en el mundo, lo que equivalía para entonces a entre 2,5 % y 5 % de la población mundial (Karlsson et al., 2014, p. 1; Spinney, 2017, p. 4).

Catalogada por algunos como la más grande catástrofe del siglo XX,<sup>3</sup> la gripe española no solo trajo enfermedad y muerte, sino también desempleo y pobreza. A pesar de la poca información sobre las consecuencias económicas de esta pandemia debido a su cercanía con la Primera Guerra Mundial (Garrett, 2008, p. 76; Romero,

---

1 La Gran Depresión fue una gran crisis financiera mundial que se originó en los Estados Unidos a partir de la caída de la Bolsa de Valores de Nueva York en octubre de 1929, evento al que se conoce como el *crack del 29*. Esta gran crisis se prolongó durante toda la década de 1930, siendo relevante la implementación de políticas como el «New Deal» en los Estados Unidos y el inicio de la Segunda Guerra Mundial para que sus efectos disminuyan en los años siguientes (Rauchway, 2008, p. 5).

2 La Gran Recesión alude a la crisis financiera mundial originada en los Estados Unidos en el año 2008, producto de, entre otros factores, la práctica irresponsable de entidades financieras en el otorgamiento de préstamos hipotecarios a personas con bajo *rating* crediticio que derivó en una burbuja inmobiliaria que posteriormente explotó (Blinder, 2013, p. 28).

3 En comparación con la Primera y Segunda Guerra Mundial, estas dos guerras dejaron aproximadamente, por sí solas, 17 millones y 60 millones de muertes, respectivamente (Spinney, 2017, p. 4).

2017, p. 32), se estima que causó en el corto plazo una reducción de la producción, así como de la oferta y demanda agregada (Garnett, 2014, pp. 88-89; Correia et al., 2020, pp. 3, 11). De ahí que sea considerada, después de las dos guerras mundiales y la Gran Depresión, como uno de los mayores *shocks* macroeconómicos negativos a escala mundial (Barro et al., 2020, p. 8).

Hoy estamos viviendo los efectos de la pandemia del coronavirus COVID-19 originada en Wuhan, China, que ha obligado a países desarrollados y en desarrollo a cerrar fronteras, restringir el comercio a solo productos de primera necesidad e imponer el distanciamiento social obligatorio. Se estima que a consecuencia de la pandemia la economía mundial se contraiga en 3 %, al punto que el Fondo Monetario Internacional la compara con los efectos de la Gran Depresión<sup>4</sup> (Chan, 2020).

El Perú no ha sido ajeno a esta pandemia. Con más de 200 mil casos de infectados por COVID-19 en todo el territorio nacional, el Gobierno peruano ha tomado varias medidas concretas para detener la propagación del virus. Mediante el Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, por ejemplo, se estableció la inmovilización social obligatoria durante el estado de emergencia nacional, una medida que ordena a la población permanecer en su casa desde las 20:00 horas hasta las 5:00 horas del día siguiente. Así mismo, y ante los efectos negativos del COVID-19 en la economía peruana, el Gobierno también viene tomando medidas para reactivar la economía en el corto y mediano plazo.

Así, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) ha considerado necesario establecer medidas de excepción que pueden ser aplicadas a los créditos por la propagación del COVID-19, a efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional. En concreto, la SBS facultó a las empresas del sistema financiero a modificar las condiciones contractuales de los créditos minoristas y no minoristas para extender el plazo de los referidos créditos por un máximo de 12 meses del original, siempre que a la fecha de la declaratoria de emergencia los deudores se encontraran al día en sus pagos.

A raíz de esta medida, las empresas del sistema financiero han decidido extender el plazo de los créditos minoristas y no minoristas para mitigar el riesgo de que los deudores no cumplan con el pago de estos. En algunos casos, dicha modificación ha estado acompañada de una condonación de intereses por el plazo extendido. En otros casos, las empresas del sistema financiero han optado por reprogramar contemplando el pago de intereses a prorrata durante la extensión del crédito, lo que ha generado una ola de críticas desde diversos sectores.

---

4 Por el lado de la oferta, debido a las medidas de autoaislamiento y las restricciones de movilidad, la oferta de mano de obra se reduce en respuesta al aumento del riesgo de contraer el virus, se reduce el número de empleados que operan en un establecimiento o incluso se cierran algunos establecimientos comerciales. Por el lado de la demanda, debido al aumento del riesgo de contraer el virus, se reducen los gastos en compras que requieren contacto interpersonal; la disminución de los ingresos actuales y futuros previstos a causa de las perturbaciones de la oferta también afectan negativamente la demanda; el aumento de la incertidumbre sobre los ingresos futuros y las perspectivas de empleo deprimen la demanda actual. Del mismo modo, el aumento de la incertidumbre de las empresas sobre el futuro deprime la inversión empresarial (Correia et al., 2020, p. 11; Eichenbaum et al., 2020, p. 1).

En el contexto descrito, este artículo tiene como objetivo analizar el tratamiento regulatorio de los intereses que se generan como consecuencia de la extensión del plazo del crédito. Empecemos por señalar que los Oficios Múltiples N° 10997-2020-SBS, 11150-2020-SBS, 11170-2020-SBS, 12679-2020-SBS, 13195-2020-SBS y 13805-2020-SBS no señalan si las empresas del sistema financiero pueden —o no— reprogramar los créditos contemplando el pago de intereses respecto de la extensión del crédito. Esta omisión no obedece exclusivamente a fundamentos jurídicos, sino que tiene sustento económico, como veremos en la sección 2. La extensión del plazo del crédito conlleva un incremento en los intereses proyectados.

En esa línea, en las secciones 3 y 4 analizaremos si la condonación obligatoria de intereses producto de la reprogramación de créditos a raíz del COVID-19 es —o no— una medida regulatoria efectiva y eficiente para asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional. Se debe precisar que, para efectos de nuestro análisis, entendemos como efectiva una regulación que se ajusta a los objetivos principales de la regulación del sistema financiero en el Perú y, como eficiente, aquella que implique el menor costo total posible (OECD, 2008, p. 4).

Si no se actúa con las cautelas del caso, se podrían sugerir soluciones que no se condicen ni con los objetivos regulatorios del sistema financiero peruano ni con el fundamento económico de los intereses.

## **2. Las reprogramaciones y los intereses adicionales**

El domingo 15 de marzo de 2020, el Presidente del Perú, Martín Vizcarra, anunció la declaración del estado de emergencia en todo el territorio nacional a partir de las 00:00 horas del 16 de marzo para evitar la propagación del COVID-19, mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Entre otras medidas, el estado de emergencia suspendió las actividades en los centros de labores públicos y privados, a excepción de aquellos que se dediquen a servicios y bienes esenciales. Dicha paralización de la economía ha venido causando una pérdida de empleos y reducción de ingresos, lo cual, inevitablemente, afecta la demanda de servicios y productos.

En este contexto, el 16 de marzo, la SBS estableció medidas de excepción aplicables a los créditos minoristas y no minoristas por parte de las empresas del sistema financiero, previo análisis del nivel de impacto sobre su portafolio de deudores, mediante el Oficio Múltiple N° 11150-2020-SBS. De esta manera, se permitió a las empresas del sistema financiero modificar las condiciones contractuales de las diversas modalidades de créditos minoristas y no minoristas, sin que esta modificación constituya una refinanciación, en la medida en que: (i) el plazo total de los referidos créditos no se extienda por más de seis meses del plazo original; y, (ii) a la fecha de la declaratoria de emergencia los deudores se encuentren al día en sus pagos.<sup>5</sup> Adicionalmente, el 20 de marzo la SBS comu-

---

<sup>5</sup> Cabe indicar que, desde febrero, la SBS ya permitía las reprogramaciones mediante el Oficio Múltiple N° 10997-2020-SBS, concordado con el Oficio Múltiple N° 5345-2010-SBS. En ese sentido, la fina-

nicó medidas prudenciales complementarias al tratamiento de reprogramaciones mediante el Oficio Múltiple N° 11170-2020-SBS. Finalmente, el 29 de mayo, la misma entidad anunció que el plazo total de los créditos sujetos a las reprogramaciones no podrá extenderse por más de 12 meses del plazo original mediante el Oficio Múltiple N° 13805-2020-SBS.

Estas reprogramaciones de créditos promovidas por la SBS tienen como objetivo mitigar el riesgo de que deudores minoristas y no minoristas de las empresas del sistema financiero no puedan cumplir con el pago de los créditos como consecuencia del estado de emergencia. En un contexto normal, cualquier variación del plazo y/o monto de un crédito minorista y no minorista que obedece a dificultades en la capacidad de pago del deudor debe ser considerado como un refinanciamiento, conforme al numeral 2.1 del capítulo IV del Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, aprobado por Resolución SBS N° 11356-2008 (en adelante, Reglamento ECDEP).

En principio, la clasificación de un crédito como refinanciado trae consigo generalmente la reclasificación crediticia del deudor. En esa línea, el numeral 2.3 del capítulo IV del Reglamento ECDEP establece que, al momento del refinanciamiento, un deudor clasificado como Normal debe ser reclasificado como Con Problemas Potenciales (CPP). En la práctica, esta reclasificación ocasiona un incremento en los costos financieros del crédito,<sup>6</sup> lo cual normalmente se traduce en un incremento de la tasa de interés al momento de firmar el contrato de refinanciamiento. Sin embargo, en el contexto actual, las reprogramaciones surgen como un mecanismo regulatorio para mitigar los efectos prudenciales producto del deterioro de la capacidad de pago de los deudores a causa del estado de emergencia nacional, evitando principalmente la reclasificación y, por ende, el incremento de la tasa de interés de los créditos.

En estricto, la reprogramación del crédito es también una variación del plazo del crédito. Esta extensión del plazo no debe exceder los 12 meses y debe realizarse antes de que el deudor se atrase en sus pagos.<sup>7</sup> Imaginemos, entonces, un cliente con un préstamo personal vigente, quien comunica a su banco que no puede pagar las cuotas de abril y mayo, y que podrá volver a pagar con normalidad en junio de

---

lidad del Oficio Múltiple N° 11150-2020-SBS fue incorporar ciertas precisiones contables al tratamiento de las reprogramaciones, así como la excepción de la necesidad del preaviso en las modificaciones de créditos minoristas, dadas las medidas de aislamiento social obligatorio del estado de emergencia nacional.

6 A modo de ejemplo, citamos tres efectos de la reclasificación crediticia de créditos refinanciados. Primero, la revisión anual de la calificación crediticia del deudor se torna semestral en los créditos refinanciados, sujetándose adicionalmente a las metas del plan de refinanciamiento. Segundo, los intereses, comisiones y gastos que generan los créditos refinanciados pasan a contabilizarse por el método de lo percibido. Tercero, y ante el incremento del riesgo de crédito, las empresas del sistema financiero deben constituir provisiones adicionales a las existentes.

7 Este requisito ha sido flexibilizado posteriormente. Primero, el Oficio Múltiple N° 11170-2020-SBS permitió que las empresas del sistema financiero reprogramen también créditos que hayan presentado como máximo 15 días calendario de atraso al 29 de febrero. Luego, el Oficio Múltiple N° 13805-2020-SBS permitió también créditos que presenten como máximo 30 días calendario de atraso al 29 de mayo con la condición de estar al día en sus pagos o no presentar atrasos a la fecha de las reprogramaciones.



2020. Dentro del marco regulatorio expuesto, el banco podría ofrecer una reprogramación extendiendo el plazo del contrato por dos meses, sin afectar su calificación crediticia. Sin embargo, es preciso preguntarse: ¿qué sucede con los intereses durante la extensión del plazo?

En principio, y desde un punto de vista económico, el cálculo de los intereses continuará. Se generarán intereses adicionales sobre el capital a la fecha, los cuales serán calculados sobre la tasa pactada en el contrato y capitalizados durante el nuevo plazo del préstamo. Esto se debe a que, como señala Mishkin (2008, p. 4), la tasa de interés es el costo por solicitar fondos en préstamo o el precio que se paga por la renta de los fondos. Existen varios argumentos que respaldan esta afirmación.

Por un lado, se afirma que los intereses representan el valor del dinero en el tiempo: «un sol ahora vale más que un sol por recibir (con certeza) dentro de un año» (Tong, 2017, p. 79). De ahí que se señale que el pago por intereses tiene la finalidad de compensar la ausencia del dinero por un período de tiempo. Por otro lado, y complementariamente, también se sostiene que el interés representa el costo de oportunidad del dinero (Brealey et al., 2010, p. 15). En otros términos, se trata del rendimiento sacrificado por invertir en un determinado proyecto en lugar de otro.

Para efectos de nuestro análisis, nosotros emplearemos la definición de Jiménez (2012, p. 42): los intereses son el rendimiento de un activo financiero o de un monto de capital invertido durante un período determinado. Consideramos que esta definición permite evidenciar un elemento esencial de la tasa de interés: la unidad de tiempo (Carrizo, 1977, p. 81). En operaciones financieras, la unidad del tiempo viene determinada por el período de tiempo al final del cual se deben pagar y/o capitalizar los intereses (Tong, 2017, p. 81).

Supongamos que el banco otorga un crédito de cien soles (S/100,00) por un período de 12 meses con una tasa de interés mensual de 3 %. ¿Cómo se calculan los intereses que se tendrían que cobrar en un año? De acuerdo con el cuadro 1, el total de intereses a pagar por el deudor en un año sería de S/42,58. Sin embargo, debemos advertir que los intereses se generan mensualmente. Transcurrido el primer mes, la deuda devenga S/3 de intereses, el cual se capitaliza aumentando el capital paulatinamente a medida que pasan los meses y produciendo, por este motivo, más intereses cada mes.<sup>8</sup> En otros términos, el interés de la cuota es el rendimiento del capital que se genera al cabo del período de tiempo pactado. De ahí que, *prima facie*, sea posible afirmar que a mayor número de períodos de tiempo corresponde un mayor monto de intereses por pagar.

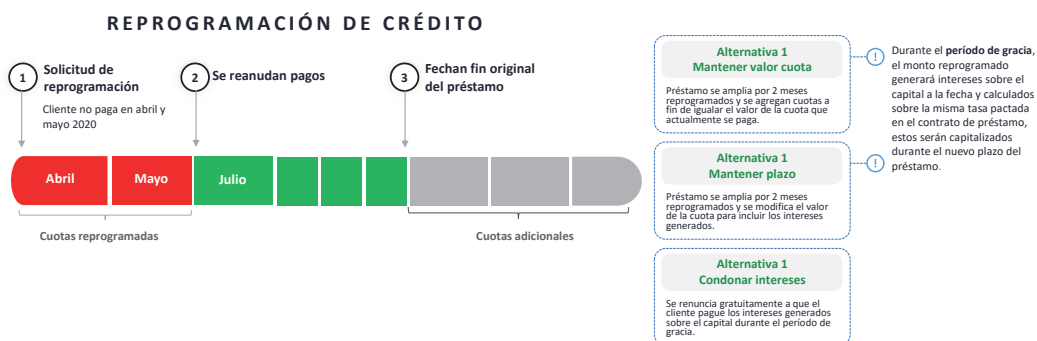
---

<sup>8</sup> Para una revisión desde el punto de vista legal y su conexión con la economía, véase Fernández Cruz (1991, p. 177 y ss.) y Piazza (2017, p. 46).

**Cuadro 1**  
**Evolución del capital cuando se capitalizan los intereses al 3 % mensual**

Período	Capital al principio del mes	Intereses al final del mes	Interés acumulado	Capital al final del mes
1	S/100,00	S/3,00	S/3,00	S/103,00
2	S/103,00	S/3,09	S/6,09	S/106,09
3	S/106,09	S/3,18	S/9,27	S/109,27
4	S/109,27	S/3,28	S/12,55	S/112,55
5	S/112,55	S/3,38	S/15,93	S/115,93
6	S/115,93	S/3,48	S/19,41	S/119,41
7	S/119,41	S/3,58	S/22,99	S/122,99
8	S/122,99	S/3,69	S/26,68	S/126,68
9	S/126,68	S/3,80	S/30,48	S/130,48
10	S/130,48	S/3,91	S/34,39	S/134,39
11	S/134,39	S/4,03	S/38,42	S/138,42
12	S/138,42	S/4,15	S/42,58	S/142,58

Regresemos ahora a las solicitudes de reprogramación de deuda. De acuerdo con lo expuesto, la extensión del crédito trae consigo nuevos períodos de tiempo que devengarán intereses adicionales sobre el capital a la fecha, los cuales serán calculados sobre la tasa pactada en el contrato de préstamo y capitalizados durante el nuevo plazo del préstamo. Frente a esta situación, algunas empresas del sistema financiero ofrecen un período de gracia (en los meses de abril y mayo) sin afectar la calificación crediticia del cliente. Si bien el período de gracia brinda flexibilidad a los clientes ante las dificultades que afrontan producto de la irrupción del COVID-19, este no soluciona *per se* la generación de los intereses adicionales. En estricto, estos períodos de gracia posponen (o reprograman) el pago de estos y del capital (ver figura adjunta).



En este contexto, las empresas del sistema financiero tienen —al menos— tres alternativas frente a los intereses adicionales: (i) mantener el valor cuota del crédito incluyendo tantos períodos como sea necesario; (ii) mantener el plazo del crédito reprogramado aumentando el valor cuota que actualmente se paga; o, (iii) condonar los intereses generados durante el plazo que la prórroga otorga. Desde un punto de vista financiero, las alternativas (i) y (ii) presentan ventajas y desventajas que no serán objeto de análisis en este artículo, pero no cabe duda de que representan opciones válidas para clientes del sistema financiero. A continuación, nos centraremos en analizar la «conveniencia» —o no— de promover masivamente la tercera alternativa, como lo ha anunciado el Congreso.

Así, trataremos de reparar en la eficiencia y eficacia de promulgar una norma jurídica que obligue a las empresas del sistema financiero a condonar los intereses adicionales generados a causa de las reprogramaciones. Advertimos, preliminarmente, que estas loables y solidarias intenciones no caen en la cuenta del fenómeno económico que acabamos de comentar. A mayor período de tiempo, mayor monto de intereses. No obstante, ahora toca evaluar la consistencia de esta alternativa con los objetivos regulatorios que persigue y los costos que generaría. Al fin y al cabo, el infierno (regulatorio) está empedrado de buenas intenciones.

### **3. ¿Y si condonamos masivamente la obligación de pago de intereses adicionales en las reprogramaciones?**

A partir de la declaratoria del estado de emergencia nacional y las medidas impuestas por el Gobierno para mitigar la propagación del COVID-19, distintas bancadas del Congreso presentaron proyectos de ley que tienen por finalidad beneficiar económicamente a las personas afectadas por el virus, de manera que estas puedan solventar sus gastos personales en el corto plazo mientras duren las medidas de aislamiento social obligatorio y se reactive la economía peruana. Dentro de las iniciativas presentadas destacan las que proponen «suspender» o «congelar» el pago de deudas contraídas con empresas del sistema financiero mientras dure el estado de emergencia nacional. Estas propuestas comparten los siguientes aspectos comunes:<sup>9</sup>

- i. no se realizan diferencias en el tipo de crédito (ejemplo: de consumo, hipotecarios, etcétera);
- ii. no se diferencia en el tipo de deudor (ejemplo: minorista, no minorista, etcétera);

---

9 En lo que respecta a los aspectos diferentes de estas propuestas, algunas plantean que esta suspensión dure únicamente durante la vigencia del estado de emergencia nacional mientras otras que dure desde ciento veinte (120) días calendario hasta doce (12) meses adicionales al término del estado de emergencia nacional. Asimismo, el Proyecto de Ley N° 5006/2020-CR propone que las empresas del sistema financiero que incumplan esta medida sean sancionadas con 100 UIT por cada persona afectada.

- iii. no se tienen en consideración sus clasificaciones crediticias (ejemplo: Normal, CPP, etcétera), no se diferencia entre empresas del sistema financiero (ejemplo: bancos, cajas municipales, etcétera); y,
- iv. se prohíbe el cobro adicional de intereses, comisiones, penalidades, etcétera.

Como se observa, estos proyectos de ley han sido diseñados para que las empresas del sistema financiero reprogramen masivamente los créditos vigentes sin contemplar el pago de intereses adicionales respecto de la extensión del crédito. Es decir, se propone la extinción de la obligación de los clientes de pagar los intereses generados durante la declaratoria del estado de emergencia nacional sin asentimiento de las empresas del sistema financiero.

Detrás de estas iniciativas encontramos, a primera vista, razones loables y solidarias que buscan contrarrestar los efectos económicos perjudiciales de la pandemia que pesan sobre los ciudadanos de a pie.<sup>10</sup> Sin embargo, resulta necesario preguntarnos: ¿estas medidas resolverán los problemas originados por la crisis sanitaria y económica? ¿Qué costos traerán? ¿Existen otras alternativas? Muchas veces, la cura puede ser peor que la enfermedad.

En nuestra opinión, la condonación masiva de la obligación de pagar los intereses generados durante el estado de emergencia nacional es una alternativa que adolece de fallas regulatorias en su diseño.<sup>11</sup> Siguiendo a Grabosky (1995a, p. 347), estas fallas regulatorias pueden clasificarse en dos categorías: fallas por ineficacia y fallas por ineficiencia.

Una falla por ineficacia se identifica en aquellas iniciativas regulatorias que no se condicen con los objetivos esperados o, incluso, generan efectos contraproducentes. Un claro ejemplo de esto lo encontramos cuando se aplica una medida regulatoria en masa sin calcular su adaptación. Si la condonación masiva de intereses persigue contrarrestar los efectos económicos perjudiciales de la pandemia, resulta contradictorio beneficiar a personas con capacidad de pago para cumplir sus obligaciones.<sup>12</sup> En efecto, esta medida podría producir como contrapartida incentivos y conductas indeseadas, lo que se conoce como riesgo moral (*moral hazard*) (Llewellyn, 1999, p. 28-29).

El riesgo moral es un concepto económico que tiene su origen en la industria de seguros.<sup>13</sup> Hace alusión a aquellas conductas que buscan aprovecharse de una situación en particular y conducen a consecuencias negativas para otros (Dowd, 2009, p. 142; McMillan, 2018, p. 33). En ese sentido, la condonación masiva de in-

---

10 La mayoría de las exposiciones de motivos señalan las graves consecuencias económicas del aislamiento social obligatorio, indicando que para mitigar estas consecuencias es necesario brindar facilidades a las personas que, por ejemplo, han perdido sus empleos.

11 Para los fines de este artículo, entendemos falla regulatoria como toda aquella política pública y regulaciones que generan efectos no deseados por el regulador o por la sociedad (Baldwin et al., 2012, pp. 69 y ss.).

12 De acuerdo con Martín Naranjo (2020), presidente de la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC), más de tres millones de clientes no han tenido problemas en cancelar sus deudas frente a bancos durante el estado de emergencia nacional.

13 «En los supuestos de seguros, el riesgo moral se da cuando las personas aseguradas tienen algún incentivo para provocar o dejar que se produzca el hecho cubierto por el seguro» (Viveros, 2015, p. 47).

tereses que busca contrarrestar los efectos económicos perjudiciales de la pandemia puede traer consigo, también, conductas oportunistas de los clientes con capacidad de pago durante la pandemia.

Los deudores que no han visto disminuida su capacidad de pago podrían sacar provecho de esta situación, relajándose la disciplina del mercado y, en consecuencia, afectando la solvencia de las entidades financieras y el ahorro del público (Vodanovic, 2020). Esto nos conduce a las fallas por ineficiencia de la condonación masiva, es decir, a los efectos generados a un costo que no es razonable.

Indudablemente, la condonación masiva de intereses propone que las empresas del sistema financiero asuman el costo de la operación. Cabe recordar que estas no son empresas cualesquiera, sino que ocupan una posición central en la economía, particularmente en la cadena de pagos.<sup>14</sup> Si se pone en peligro el sistema financiero, es probable que la perturbación resultante sea más grave que la que se produciría en otros sectores de la economía. Por ello, las empresas del sistema financiero están sujetas a una carga regulatoria bastante estricta que responde a objetivos concretos.<sup>15</sup> Así, el objetivo principal de la regulación del sistema financiero en el Perú es proteger los intereses del público, cautelando la estabilidad, la solvencia y la transparencia del sistema financiero, para que las empresas internalicen los costos derivados de sus decisiones y las externalidades no generen ineficiencias que puedan perjudicar al sistema y a la economía (Bregante, 2017, p. 5).

Para esto, es de vital relevancia que las empresas del sistema financiero operen de manera segura y sólida (*safety and soundness*), lo que significa que el sistema financiero en su conjunto se mantenga estable (Chiu y Wilson, 2019, pp. 10-11). Lograr los objetivos de la regulación financiera necesita de la aplicación de controles y medidas estrictas. De este modo, por ejemplo, los bancos se encuentran obligados a cumplir con requerimientos de capital mínimo, provisiones, evaluación y clasificación de los deudores, entre otros (Lastra, 2015, p. 118). Así mismo, para evitar el sobreendeudamiento y preservar la liquidez en las empresas del sistema financiero, lo cual resulta importante para no poner en riesgo la solidez y solvencia de estas, también se exigen mayores requerimientos patrimoniales en caso de deudores morosos y «colchones» de liquidez para afrontar potenciales situaciones de pérdida (Vodanovic, 2013, p. 153).

En este contexto, debemos reparar en que la condonación masiva de intereses impactará directamente en la liquidez de las empresas del sistema financiero, afectando indirectamente a los ahorristas y nuevos tomadores de crédito. Estos últimos se verán perjudicados también por la contracción de liquidez en el mercado, lo que finalmente puede incidir gravemente en la cadena de pagos (a trabajadores y proveedores), perturbando a la economía real.

---

14 Los bancos ocupan una posición central en la economía por dos razones principales: (i) son la única fuente de financiación de un gran número de prestatarios, y (ii) gestionan gran parte del sistema de pagos (Llewellyn, 1999, p. 13).

15 Se puede señalar que los tres principales objetivos de la regulación financiera son: (i) preservar la estabilidad del sistema financiero; (ii) mantener la seguridad y solidez de las instituciones financieras; y, (iii) proteger al consumidor financiero (Llewellyn, 1999, p. 9).

Por ello, coincidimos con Vodanovic (2020) en que «la condonación debe implicar un análisis muy estricto caso por caso y una medida excepcional». La razón de ello, según señala Naranjo (2020), es que «el cobro de intereses por los préstamos genera el flujo que permite a las entidades financieras pagar a sus depositantes, cubrir sus costos operativos y tener capital para seguir dando más créditos».

Por lo tanto, medidas como las propuestas en los proyectos de ley no resultan ni efectivas ni eficientes. No son efectivas porque no se condicen con beneficiar a quien requiere la condonación, sino que generan conductas oportunistas de los clientes con capacidad de pago durante la pandemia. Tampoco son eficientes, porque su costo involucra poner en riesgo la estabilidad de varias empresas del sistema financiero, afectando la cadena de pagos y la economía en general. ¿Qué se puede hacer entonces en esta situación? Frente a las fallas regulatorias de la condonación masiva de intereses, toca evaluar si existen otras medidas menos costosas y más concretas.<sup>16</sup> Por ello, a continuación regresamos al diseño de la regulación de las reprogramaciones planteadas por la SBS y evaluamos la eficiencia y eficacia de permitir que las empresas del sistema financiero decidan las medidas concretas a aplicar para beneficiar a sus clientes afectados por el COVID-19.

#### **4. ¿Y si promovemos que las entidades financieras determinen si corresponde cobrar o condonar los intereses adicionales?**

Los oficios múltiples de la SBS no establecen si las empresas del sistema financiero deben —o no— cobrar los intereses adicionales producto de las reprogramaciones. En estricto, la SBS señala que el alcance de las reprogramaciones depende del análisis del nivel de impacto sobre el portafolio de deudores de cada empresa. En otros términos, cada empresa del sistema financiero deberá determinar el tratamiento que se ha de seguir respecto a los intereses adicionales. Pese a las razones loables y solidarias que hemos comentado, debemos señalar que la existencia de un problema no implica que el Estado debe intervenir mediante la regulación para solucionarlo.

La regulación impuesta por los poderes y organismos del Estado existe, en principio, para corregir fallas de mercado, tales como la asimetría de información, las externalidades negativas, entre otras (Goodhart, 2008, p. 50; Baldwin et al., 2012, p. 18).<sup>17</sup> Sin embargo, esta no siempre se justifica, más aún teniendo en cuenta que estamos frente a un escenario regulatorio sin igual, en el que debe procederse con sumo cuidado y de manera precisa para no generar resultados no deseados en la sociedad y en la economía. Como señalan Hafiz, Oie, Ring y Shnitser (2020, pp. 7-8), la pandemia genera todo un reto regulatorio debido a que se buscan tres finalidades

---

<sup>16</sup> Adicionalmente, cabe indicar que las entidades financieras no pretenden perjudicar a sus clientes. Todo lo contrario: se buscan esquemas que permitan a los clientes poder pagar más adelante; ninguna de las partes se beneficia de la quiebra o insolvencia de las personas. Por ello, en algunos casos corresponderá aplicar la condonación del pago de intereses por la reprogramación, y en otras, no.

<sup>17</sup> También, la regulación puede responder a otros motivos, como la protección de los derechos humanos o la solidaridad social (Baldwin et al., 2012, p. 22).

que entran en conflicto: (i) asegurar la ayuda social y económica para las personas que han perdido su fuente de ingresos a causa de las medidas de aislamiento social; (ii) preservar la estabilidad del sistema financiero y la economía; y, (iii) conseguir medidas de distanciamiento social eficaces para reducir la propagación del virus.

En ese sentido, la regulación económica del Estado<sup>18</sup> implica una limitación de la libertad de empresa garantizada en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993 que, normalmente, busca que las «decisiones privadas en el mercado no perjudiquen el interés público» (Guzmán Napurí, 2006, p. 251). Sin embargo, la regulación económica también puede resultar contraproducente si genera más distorsiones que finalmente afectan a quienes se busca proteger: la población vulnerable afectada por la pandemia (Guzmán Napurí, 2006, pp. 249 y ss.).

La intervención del Estado puede afectar directamente los costos del modelo de negocio de las empresas del sistema financiero (Goodhart, 2008, p. 52; Goodhart y Lastra, 2010, p. 714). En nuestro caso concreto, los proyectos de ley pueden afectar gravemente a las microfinancieras,<sup>19</sup> incrementando sus costos operativos y financieros en su búsqueda por obtener ingresos y proteger su negocio. Por ello, en lugar de generar restricciones a la libertad de empresa de entidades financieras que son muy importantes para la estabilidad de la economía real, resulta imperativo no apresurarse con medidas paliativas en el corto plazo y, más bien, buscar otros mecanismos regulatorios que preserven la competencia de los agentes del mercado. Por ejemplo, brindar incentivos regulatorios para que las empresas del sistema financiero condonen los intereses.

Desde un punto de vista regulatorio, los incentivos regulatorios son más eficientes y, a veces, más eficaces que las sanciones para modelar el comportamiento humano (Gunningham y Sinclair, 1999, pp. 58-59). Entonces, en lugar de obligar a condonar intereses, podríamos incentivar a las empresas del sistema financiero a tomar esa decisión, previo análisis del nivel de impacto de esta medida sobre su portafolio de deudores. Esto nos lleva a presentar una de las principales barreras legales para este comportamiento: el tratamiento tributario de la condonación de intereses producto de las reprogramaciones.

La provisión y castigo de intereses condonados por empresas del sistema financiero es deducible siempre que se cumpla con lo señalado en la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento. No obstante, en relación con las reprogramaciones,

---

18 «La intervención administrativa en la economía, propia de un régimen de economía social de mercado, implica un conjunto de actividades que realiza el Estado a fin de generar determinados efectos en el sistema económico; puesto que dicho régimen permite la actuación del Estado para corregir distorsiones y fallos del mercado de tal manera que el mismo funcione eficientemente. En este orden de ideas, una de dichas actividades de intervención administrativa en la economía es la regulación económica, la misma que consiste en la orientación por parte del Estado, en la cual se establece parámetros para la actuación de los agentes económicos. La regulación económica tiene por finalidad que las decisiones privadas no perjudiquen el interés público y se justifica en determinadas consideraciones de naturaleza económica» (Guzmán Napurí, 2006, p. 247-248).

19 El modelo de negocio de las microfinancieras está basado fuertemente en los préstamos, por lo que los intereses que cobran son ingresos muy importantes; tal es así que una medida como la planteada en los proyectos de ley podría afectar severamente la estabilidad y solidez de estas empresas del sistema financiero.



existen requisitos de las provisiones que no se podrían cumplir, tales como la calificación de la deuda como cuenta de cobranza dudosa.<sup>20</sup> Como hemos señalado, la reprogramación se presenta cuando los deudores se encuentran al día en sus pagos. Por lo tanto, si una empresa del sistema financiero optara por renunciar al cobro de los intereses por un número de períodos en una reprogramación, no solo debería asumir el costo financiero de dicha liberalidad, sino que tendría que computarlo para determinar su renta imponible de tercera categoría.

Una alternativa frente a la imposición de obligar la condonación masiva de intereses a las entidades financieras podría ser incentivarlas a través de un tratamiento tributario excepcional que les permita deducir las condonaciones de intereses en reprogramaciones que cumplan con lo señalado por la SBS. Como señala Grabosky (1995b, p. 258), el logro de los objetivos de la regulación no suele requerir una «bala mágica», sino más bien una combinación de instrumentos regulatorios.

En nuestra opinión, esta alternativa regulatoria resulta efectiva, ya que se alinea con los objetivos para reactivar la economía sin poner en riesgo la cadena de pagos, al permitir que las empresas del sistema financiero evalúen la situación particular de sus portafolios. Así mismo, resulta eficiente porque, en caso la empresa decida condonar los intereses, reduce el costo tributario de la operación al permitirle deducir los intereses condonados de su renta imponible, siendo el costo de implementar esta medida menor que aquel en el que las entidades financieras tienen que asumir el costo de la crisis económica.

## 5. Conclusiones

La pandemia del COVID-19 y las medidas para contrarrestar la propagación de este virus han generado efectos perjudiciales en la economía peruana. El desempleo y el aumento de la pobreza ponen en aprietos a todas aquellas personas que tienen deudas por pagar a las empresas del sistema financiero. Ante ello, el Congreso se encuentra promoviendo iniciativas que buscan aliviar a las personas afectadas mediante la condonación obligatoria de los intereses adicionales generados por la reprogramación de los créditos.

Sin embargo, en este artículo hemos explicado que tales iniciativas de ciertos legisladores pueden terminar generando mayores perjuicios a la economía y, por ende, a la población peruana. Por ello, resulta imprescindible analizar la efectividad y la eficiencia de las propuestas presentadas en los proyectos de ley, para no equivocarnos en aprobar una «solución» de corto plazo que puede terminar agravando la situación actual.

En tal sentido, la medida propuesta de obligar la condonación masiva de intereses no resulta efectiva, debido a que, lejos de alinearse tras los objetivos de la regulación financiera, genera la realización de conductas oportunistas al beneficiar

---

20 Del mismo modo, respecto del castigo, además de la provisión previa deberá emitirse una nota de abono a favor del deudor. En caso el deudor realice actividades generadoras de rentas de tercera categoría, este deberá considerar como ingreso gravable el monto de la deuda condonada.



a personas que pueden cumplir el pago de sus deudas en el plazo pactado. Es también ineficiente, ya que el costo de implementar la medida propuesta es más grande que los posibles beneficios, pudiendo afectar la solvencia de varias empresas del sistema financiero, lo que finalmente impacta en la cadena de pagos y en la economía en general.

Por el contrario, somos de la opinión de que resultaría una medida regulatoria más adecuada incentivar que las entidades financieras condonen intereses a partir de un análisis individual de los clientes que busquen acogerse a esta alternativa en la reprogramación de sus créditos para ayudar realmente a los que más lo necesitan. Este incentivo puede lograrse mediante beneficios tributarios a favor de las empresas del sistema financiero que logren condonar intereses de las reprogramaciones que cumplan con lo establecido por la SBS.

Esta medida regulatoria resultaría más efectiva que la propuesta en los proyectos de ley, debido a que cumple con perseguir los objetivos de la reactivación económica sin afectar la seguridad y solidez de las entidades financieras, lo que, a su vez, se encuentra alineado con los objetivos de la regulación financiera en el Perú; así como más eficiente, ya que el costo de implementar esta medida resulta menor que aquel en el que las entidades financieras tienen que asumir el costo de la crisis económica y que conlleva la afectación de la cadena de pagos y la economía en general.

No dejemos que las buenas intenciones nos enceguezcan sobre lo que verdaderamente es importante, necesario y útil para afrontar esta crisis y salir adelante de la manera más adecuada posible, sin afectar la solidez del sistema financiero construido en los últimos años.

## Referencias

Baldwin, Robert, Cave, Martin, & Lodge, Martin (2012). *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. (2.ª edición). Nueva York: Oxford University Press.

Barro, Robert J., Ursúa, José F., & Weng, Joanna (2020). The coronavirus and the great influenza pandemic: lessons from the «spanish flu» for the coronavirus potential effects on mortality and economic activity. *National Bureau of Economic Research*. Recuperado de <https://www.nber.org/papers/w26866.pdf>

Blinder, Alan S. (2013). *After the music stopped: the financial crisis, the response, and the work ahead*. Nueva York: The Penguin Press.

Brealey, Richard, Allen, Franklin, & Myers, Stewart (2010). *Principios de finanzas corporativas*. (9.ª edición). México: McGrawHill Educación.

Bregante, Dario (2017). *Regulación 2.0: el reto de la regulación fintech en el sistema financiero peruano*. Short paper presentado en la 21.ª Conferencia Anual sobre Derecho y Economía en Lima, organizada por la Asociación Latinoamericana el Iberoamericana de Derecho y Economía (ALACDE).

Carrizo, José Fernando (1977). La tasa de interés. *Revista de Economía y Estadística*, vol. 21, N.º 1-2-3-4, pp. 81-118. Recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3729/5799>

Chan, Szu Ping (14 de abril de 2020). *Coronavirus: World faces worst recession since Great Depression*. Recuperado de <https://www.bbc.com/news/business-52273988>

Chiu, Iris H-Y, & Wilson, Joanna (2019). *Banking law and regulation*. Oxford: Oxford University Press.

Correia, Sergio, Luck, Stephan, & Verner, Emil (2020). Pandemics depress the economy, public health interventions do not: evidence from the 1918 flu. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3561560&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561560&download=yes)

Dowd, Kevin (2009). Moral hazard and the financial crisis. *Cato Journal*, vol. 29, N.º 1, pp. 141-166.

Eichenbaum, Martin S., Rebelo, Sergio, & Trabandt, Mathias (2020). The macroeconomics of epidemics. *National Bureau of Economic Research*. Recuperado de <https://www.nber.org/papers/w26882.pdf>

Fernández Cruz, Gastón (1991). La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre derecho y economía. *Derecho PUCP*, N.º 45, pp. 177-213.

Garrett, Thomas A. (2008). Pandemic economics: the 1918 influenza and its modern-day implications. *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, vol. 90, pp. 75-93.

Goodhart, Charles (2008). The boundary problem in financial regulation. *National Institute Economic Review*, N.º 206, pp. 48-55.

Goodhart, Charles A. E., & Lastra, Rosa M. (2010). Border problems. *Journal of International Economic Law*, vol. 13, N.º 3, pp. 705-718.

Grabosky, Peter N. (1995a). Counterproductive regulation. *International Journal of the Sociology of Law*, N.º 23, pp. 347-369.

Grabosky, Peter N. (1995b). Regulation by reward: on the use of incentives as regulatory instruments. *Law and Policy*, N.º 17, pp. 257-282.

Gunningham, Neill, & Sinclair, Darren (1999). Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection. *Law and Policy*, N.º 21, pp. 49-56.

Guzmán Napurí, Christian (2006). La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía. *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 2, pp. 247-260.

Hafiz, Hiba, Oei, Shu-Yi, Ring, Diane, & Shnitser, Natalya (2020). Regulating in pandemic: evaluating economic and financial policy responses to the coronavirus crisis. *SSRN Electronic Journal*. doi: 10.2139/ssrn.3555980

Jiménez, Félix (2012). *Elementos de teoría y política macroeconómica para una economía abierta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Karlsson, Martin, Nilsson, Therese, & Pichler, Stefan (2014). The impact of the 1918 Spanish flu epidemic on economic performance in Sweden: an investigation into the consequences of an extraordinary mortality shock. *Journal of Health Economics*, vol. 36, pp. 1-19.

Lastra, Rosa María (2015). *International financial and monetary law*. (2.ª edición). Oxford: Oxford University Press.

Llewellyn, David (1999). The economic rationale for financial regulation. *FSA Occasional Papers*, pp. 5-57.

McMillan, Jonathan (2018). *El fin de la banca: el dinero, el crédito y la revolución digital*. (Traducción de María Luisa Rodríguez). Barcelona: Taurus.

Mishkin, Frederic (2008). *Moneda, banca y mercados financieros*. (8.ª edición). México: Pearson Educación.

OECD. (2008). Introductory handbook for undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA). Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>

Piazza, Walter (2017). La regulación legal y los principales términos económicos en los contratos de préstamos modernos. *Revista de Actualidad Mercantil*, N.º 5, pp. 39-52.

Rauchway, Eric (2008). *The Great Depression and the New Deal: a very short introduction*. Nueva York: Oxford University Press.

Romero, Jessie (2017). All the city was dying: the Spanish flu pandemic of 1918-1919 was a major social and economic shock. *Econ Focus*, vol. 22, N.º 2, pp. 30-33.

Spinney, Laura (2017). *Pale rider: the Spanish flu of 1918 and how it changed the world*. New York: PublicAffairs.

Tong, Jesús (2017). *Finanzas empresariales: la decisión de inversión*. Lima: Universidad del Pacífico.

Viveros, Aresio (2015). El riesgo moral y la regulación de la calidad de los servicios públicos. *Derecho & Sociedad*, N.º 45, pp. 45-52.

Vodanovic, Ljubica (2013). La dinámica entre la regulación prudencial del sistema financiero y la protección al consumidor. En Freddy Escobar Rozas & Cecilia O'Neill de la Fuente (Eds.), *Ensayos de derecho contractual financiero* (pp. 140-169). Lima: Universidad del Pacífico.

Vodanovic, Ljubica (2020). COVID-19: ¿perdonar intereses? Recuperado de [https://www.ey.com/es\\_pe/banking-capital-markets/covid19-perdonar-intereses](https://www.ey.com/es_pe/banking-capital-markets/covid19-perdonar-intereses)

## Entrevistas

Solano, Israel (26 de marzo de 2020). ASBANC: 3,7 millones de clientes siguen pagando puntualmente. *El Comercio*. Recuperado de <https://www.asbanc.com.pe/Paginas/Noticias/DetalleNoticia.aspx?ItemID=853>

**Proyectos de ley**

Proyecto de Ley N° 4884/2020-CR

Proyecto de Ley N° 4899/2020-CR

Proyecto de Ley N° 4980/2020-CR

Proyecto de Ley N° 5006/2020-CR

Proyecto de Ley N° 5022/2020-CR

# **DERECHO ADMINISTRATIVO**



# **Las potestades de la administración sanitaria peruana y el COVID-19**

*Juan Carlos Morón Urbina*  
Pontificia Universidad Católica del Perú





## **1. Apuntes necesarios sobre el derecho sanitario como especialidad del derecho administrativo y el arcaico «poder de policía sanitaria»**

### **1.1. De la policía sanitaria al derecho sanitario**

No cabe duda de que el derecho administrativo se nutre de la realidad, porque es un derecho de lo concreto y para la realización de la acción gubernativa en resguardo de los derechos ciudadanos.

La actual pandemia del COVID-19 nos permite recordar que existe en nuestra disciplina una antigua especialidad que ha sido modernamente denominada derecho sanitario, que es el conjunto de reglas y principios que regulan las relaciones jurídicas que tienen por objeto hacer efectiva la prevención, la preservación, la promoción, la conservación y el mejoramiento del derecho a la salud humana individual y colectiva, así como la concreción de las políticas sanitarias de los gobiernos.

Como contenido propio de esta especialidad tenemos fundamentalmente los derechos de los usuarios de los servicios de salud, las obligaciones inherentes a la prestación de estos servicios, la conformación del Sistema Nacional de Salud, los organismos prestadores de salud y las autoridades sanitarias, los diversos modos de intervención administrativa en materia de salud y de sanidad, las medidas de seguridad sanitaria, las sanciones y los delitos en materia sanitaria, la solución de conflictos relacionados con las prestaciones de salud, las responsabilidades de los profesionales de este ámbito.

Esta rama del derecho administrativo especial se yergue sobre la base de lo que el clásico derecho administrativo denominó la «policía de salud o de sanidad»,<sup>1</sup> conformante en su versión especializada en sanidad del ambiguo pero ilustrativo término «poder de policía» (Diez, 1985, p. 129) al cual debemos referirnos brevemente para encontrar la génesis de los instrumentos administrativos que vamos a explicar.

---

1 En su momento Fiorini criticaba esa denominación afirmando que «la antigua denominación de policía sanitaria humana se presenta perimida ante estos nuevos problemas, donde la actividad del Estado moderno debe necesariamente intervenir, no solo para limitar sino para fomentar, promover ciertas actividades. Si el término pervive será por su tradición, puesto que su función es completamente inoperante, además de desviar de los problemas específicos» (Fiorini, 1997, p. 77).

Recordemos que durante el siglo XIX y gran parte del XX el derecho administrativo, por influencia francesa y germana, conoció como poder de policía «la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar» (Mayer, 1982, p. 8). Una definición más descriptiva del poder de policía la podemos encontrar en el profesor Bandeira de Mello, quien la define como:

[la] actividad de la administración pública, expresada en actos normativos o concretos, de condicionar, con fundamento en su supremacía general y en la forma de la ley, la libertad y la propiedad de los individuos, mediante una acción fiscalizadora, preventiva o represiva, imponiendo coercitivamente a los participantes un deber de abstención (*non facere*) a fin de adecuar sus comportamientos a los intereses sociales consagrados en el sistema normativo. (Bandeira de Mello, 2006, p. 703)

Coincidimos en que un presupuesto inherente a este denominado poder era, como indica Fiorini, «el peligro o la perturbación como condición en toda actividad policial, ya se ha dicho que el poder estatal promueve medidas preventivas para defender o anular los peligros y perturbaciones» (Fiorini, 1957, p. 194).

Cuando este término empezó a ser empleado por la doctrina clásica, el poder de policía se componía fundamentalmente de la policía de seguridad, la policía sanitaria y la policía de moralidad, pero luego fue expandiéndose consistentemente con el rol intervencionista que fue desarrollando el Estado sobre las actividades privadas y la economía.<sup>2</sup> Así, esta actividad se extendió a lo largo de todos los sectores donde tenía presencia la administración, y de ese modo surgió la policía económica, la industrial, la de seguridad, la de salud, la de servicios públicos, la de culto, la de navegación, la de comunicaciones, la agraria, entre otras.

Ese concepto fue desbordado gradual y sostenidamente con el avance del tiempo, porque la gestión pública fue evolucionando y, por un lado, su intervención no se limitaba únicamente a restringir derechos y libertades sino debía también prestar servicios y bienes, fomentar actividades privadas, realizar labor industrial; y, por otro lado, la doctrina y la legislación la fueron escindiendo y especializando dentro del amplio universo de otras actividades como la sancionadora y la fiscalizadora. Por ello, lo que ahora queda de la vasta concepción de la policía administrativa es lo que se conoce como la actividad de ordenación o de limitación de la administración pública.

El profesor Lorenz Von Stein (1815-1890) (2016) afirmaba que la policía sanitaria era:

el conjunto de normas e instalaciones mediante las cuales se debe proteger la salud pública contra aquellos peligros que el individuo no puede apartar de sí por

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, nos comenta De Laubadere que «en realidad, el poder de policía se define por su bien, que es velar por la tranquilidad (ausencia de desórdenes o perturbaciones), la seguridad (que no haya riesgos de accidentes) o la salubridad pública (que no haya riesgos de enfermedades)» (De Laubadere, 1984, p. 198).

sus propias fuerzas. Ahora bien, en el todo que es la historia se encuentra que la tarea comienza cuando se presenta la inminente amenaza general de la salud pública que son las epidemias; luego, cada vez se desarrolla más en el individuo para protegerse de las amenazas individuales; y solo al final y paulatinamente alcanza el nivel de un trabajo orgánico de la comunidad humana para crear las condiciones públicas de la salud general. Del primer elemento procede la policía contra las epidemias; del segundo, la policía sanitaria; y del tercero, la higiene sanitaria.

Es ilustrativa la visión histórica que nos da el autor, pues ubica a la policía contra las epidemias en la causa genética del actual derecho sanitario, para después adentrar la intervención administrativa en las categorías de policía e higiene sanitarias.

Así, en el origen del actual derecho sanitario está la estructura jurídica que las culturas europeas tuvieron que crear para luchar contra las grandes calamidades epidémicas que asolaron a la humanidad, por lo que se entiende la relevancia de las órdenes de la policía, medidas administrativas o simplemente potestades públicas con que se dota desde antaño a las autoridades con este motivo. Si bien se reconoce la existencia de algunas medidas sanitarias contra epidemias en la historia antigua (como contra la lepra en Israel), la noción de policía contra epidemias aparece jurídicamente en Europa para prevenir el contagio de las enfermedades venidas de oriente. Dice así el autor:

la policía contra epidemias [...] cierra el paso a la penetración en Europa de enfermedades contagiosas provenientes de oriente y, por tanto, se manifiesta como el sistema, simple en principio, múltiplemente diferente en la práctica, de bloqueo local del libre tránsito, el cual se llama cuarentena<sup>3</sup> por sus reglas vigentes para el tráfico marítimo proveniente de oriente. (Von Stein, 2016).

Solo después vinieron las vacunas y la organización prestacional del servicio de sanidad pública. Ya en el siglo pasado, el derecho administrativo clasificó a esa policía sanitaria o de salud pública siguiendo sus variadas y complejas manifestaciones.

Por su *ámbito*, podíamos hablar de la policía sanitaria interna (la que se ejerce respecto de elementos patógenos existentes o producidos al interior de cada Estado con sus ciudadanos y cuyas competencias se distribuyen en el gobierno central, regional y municipal) y la policía sanitaria exterior (que es la que vincula con peligros provenientes de otros países, velando por que no hagan presencia en el propio, por lo que se ejecuta en las fronteras terrestres, marítimas, fluviales, aéreas y respecto del tránsito de personas, medios de transporte, mercancías, objetos, correos, etcétera) (Álvarez & Blanco, 1958, p. 73; Colmeiro, 1875, pp. 4 y ss.).

Esta última es liderada por las autoridades sanitarias nacionales como responsables de la vigilancia y control sanitario de las fronteras y en todos los puertos marítimos, aéreos, fluviales, lacustres o terrestres en el territorio nacional, pero en estricta coordinación con otras autoridades (como migraciones y aduanas), porque

---

3 La palabra «cuarentena» se origina de la frase italiana «quaranta giorni», que significa ‘cuarenta días’.

se relaciona fuertemente con el comercio internacional.<sup>4</sup> Por ello, se caracteriza por:

su ordenamiento cada vez más internacional. Los Estados se han convencido de que la eficacia de una obra de esta clase depende en gran parte de la uniformidad de las medidas que se adopten, y por tanto se ha avanzado en esta dirección, que es posible afirmar que en el momento presente los reglamentos sanitarios exteriores son en todas partes trasuntos de acuerdos internacionales. (García Oviedo, 1962, p. 713)

En esa línea operan los acuerdos comerciales internacionales, organismos internacionales como la FAO, la OMS, entre otros.

Por el *momento en el que actúa*, la doctrina diferenció entre policía preventiva o profiláctica, que comprende al conjunto de estrategias e instrumentos dirigidos a identificar, detectar y evitar las enfermedades y su contagio, y la policía represiva, que incluye las estrategias destinadas a vigilarlas y erradicarlas, así como a curarlas, evitar su propagación y minimizar su impacto en la sociedad una vez que ya sobrevinieron (García Oviedo, 1962, p. 681). La policía preventiva actúa mediante vacunas, erradicación de plantaciones, sacrificio de animales infectados, limitación de ingresos a países, etcétera; mientras que la policía represiva lo hace por medio de cuarentenas, aislamientos, clausura de locales, entre otras medidas.

Por el *objeto o bien jurídico protegido*, se diferenciaba en tres policías distintas, aunque se reconoce que las normas, técnicas, procedimientos y medidas por aplicar guardan concordancia entre ellas: a) policía humana, que tiene por objeto la salud de las personas (en nuestro país está a cargo del Ministerio de Salud y de las regiones; b) policía sanitaria animal, destinada a controlar la existencia de riesgos para la salud de ciertos animales útiles para el ser humano, como ganado y aves; y, c) policía sanitaria vegetal o policía agraria, cuya finalidad es la defensa de la vida de las plantas útiles, especialmente para la agricultura (Diez, 1985, p. 131; Fiorini, 1997, p. 76). Estas dos últimas manifestaciones de la policía sanitaria están a cargo del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) como autoridad oficial en materia de sanidad agraria, calidad de insumos, producción orgánica e inocuidad agroalimentaria, y en tal virtud mantiene un sistema de vigilancia fitosanitaria y zoonosanitaria en el país. En su accionar dicta medidas sanitarias y fitosanitarias con el fin de proteger la vida y salud de las personas y de los animales, la preservación de vegetales de los riesgos resultantes de la entrada o propagación de plagas, contra riesgos que se originan de contaminantes, toxinas u organismos causantes de enfermedades, que limitan el comercio internacional.

---

<sup>4</sup> Ley General de Salud, artículo 83. «La Autoridad de Salud es responsable de la vigilancia y control sanitario de las fronteras, así como de todos los puertos marítimos, aéreos, fluviales, lacustres o terrestres en el territorio nacional».

## 1.2. Las medidas de policía sanitaria y su correlato con otros derechos constitucionales

La actual epidemia nos incita a preguntarnos, entre otras cosas: ¿qué prevé esta disciplina sobre derecho de los pacientes?, ¿cuál es el rol de las empresas de salud y seguros de salud?, ¿cuáles son las obligaciones de la administración sanitaria y las competencias de los establecimientos de salud públicos y privado? En esta oportunidad queremos detenernos en las facultades específicas que el derecho administrativo sanitario brinda a las autoridades sanitarias y cuáles son sus límites.

Como en muchos otros casos, el derecho público debe realizar una ponderación entre intereses y derechos que están en cuestión: el derecho a la salud pública y la libertad y el patrimonio de los ciudadanos (Magdaleno, 2013, p. 154). En particular, esta labor ya la realizó el constituyente, por lo que la Constitución expresamente incluye límites ordinarios a tres derechos y libertades frente a un riesgo o peligro sanitario: los derechos a la inviolabilidad domiciliaria,<sup>5</sup> a la libertad de tránsito y de residencia,<sup>6,7</sup> y el derecho de reunión.<sup>8</sup>

---

5 Artículo 2, numeral 9. «A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. *Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley*» (cursivas nuestras).

6 Artículo 2, numeral 11. «A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, *salvo limitaciones por razones de sanidad* o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería» (cursivas nuestras).

7 Respecto de esta limitación constitucional a la libertad de tránsito y de fijación de residencia, el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 3541-2004-AA/TC, Cono Norte de Lima, Benil Yeni Verde Marchan) ha manifestado:

«5) Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, por de pronto, pueden ser de dos clases, explícitas o implícitas.

6) Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11 del artículo 2º de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137º de la Constitución), referidos a los Estados de Emergencia y de Sitio, respectivamente.

7) *Las restricciones explícitas ordinarias.* Éstas se presentan cuando, en un estado de normalidad constitucional se estima necesario que deben protegerse otros derechos fundamentales o bienes jurídicos, de modo que, en atención a un estudio de razonabilidad, pueda limitarse el derecho a la libertad de tránsito.

8) Son diversos los supuestos que se incluyen dentro de las restricciones explícitas ordinarias: Razones sanitarias: Son aquellas que surgen en pro del resguardo de la plenitud físico-psíquica de la población, la cual puede verse afectada por la existencia de pestes, epidemias y otros eventos de similares características, limitación permitida en el propio inciso 11 del artículo 2º de la Constitución».

8 Artículo 2, numeral 12. «A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, *la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas*» (cursivas nuestras).

Con ello, sin necesidad de aprobar algún régimen de estado de excepción constitucional, dada su naturaleza de límites ordinarios a tales derechos, frente a los supuestos de hecho que la legitimen (peligro sanitario) la autoridad de administración sanitaria tiene la capacidad común para entrar en domicilios, impedir el ingreso o el tránsito de personas por el territorio nacional, modificar el lugar de residencia de una persona, prohibir la residencia en determinados lugares, internar obligatoriamente a una persona en un centro de atención (Cierco, 2008, pp. 805-833; Villalbí, Rodríguez-Campos, Orcau et al., 2016, pp. 144-147) y no autorizar o disolver reuniones públicas.<sup>9</sup> Es decir, la salud constituye un valor jurídicamente valioso y prevalente frente a esos otros derechos. Esto es así porque la intervención pública en protección de la salud, como bien público demanda en ocasiones alcanzar un grado de contundencia que implica sacrificar en lo estrictamente indispensable determinados derechos y libertades individuales también protegidos constitucionalmente (Salamero, 2016).

Esa misma ponderación ha realizado el constituyente entre las libertades de empresa, trabajo e industria que deben ser ejercidas de modo que no afecten a la salud pública.<sup>10</sup>

Dichas prioridades son recogidas correlativamente en la Ley General de Salud<sup>11</sup> cuando explicita que: «El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública».

---

9 Es importante advertir que la crisis sanitaria por el COVID-19 fue abordada mediante la suspensión de derechos constitucionales declarando un Estado de Excepción de Emergencia, sin que en verdad estrictamente hubiera sido necesario hacerlo de ese modo, puesto que los derechos constitucionales mencionados están delimitados por la propia Constitución en casos sanitarios. Como se puede apreciar al revisar la norma, el Gobierno decidió acudir a la técnica del Estado de Emergencia probablemente por otras consideraciones no sanitarias como, por ejemplo, lograr el respaldo de la Fuerza Armada para la ejecución de las medidas o incluir entre los derechos suspendidos a la prohibición de detención sin mandato judicial. Si uno revisa el DS N° 044-2020-PCM, apreciaremos ese agregado que no proviene de la limitación constitucional ni de la Ley General de Salud, en los siguientes términos:

Artículo 3. Suspensión del ejercicio de Derechos Constitucionales. Durante el presente Estado de Emergencia Nacional queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y *la seguridad personales*, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendido en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y *en el inciso 24, apartado f* del mismo artículo de la Constitución Política del Perú (cursivas nuestras).

10 Artículo 59. «Rol Económico del Estado. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. *El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas*. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades» (cursivas nuestras).

11 Ley N° 26842, Ley General de Salud, título preliminar, norma XII.

## 2. ¿Qué tipo de medidas de seguridad son posibles de dictar ante un caso de riesgo sanitario?

La medida de seguridad es una figura sobreviviente —de manera sigilosa— de la antigua administración absolutista, que se mantiene excepcionalmente dentro del derecho administrativo moderno. No ha sido acogida en el régimen general de la ley del procedimiento común, manteniéndose en algunos ordenamientos sectoriales. Por ello, nos debe demandar una regulación cuidadosa y a la vez una rigurosa subordinación al principio de legalidad.

Cuando mencionamos las medidas de seguridad, nos estamos refiriendo a un supuesto especial de actos administrativos y, en ciertos casos, a la regulación autorizada de algunas entidades especialmente calificadas para hacer frente a algún entorno de inminente riesgo para la vida, la salud o la seguridad de las personas.

Con ella, las entidades autorizadas a adoptarlas buscan mantener ese estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, con el fin de que determinados derechos como la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal puedan ser preservados frente a situaciones de peligro, amenaza, vulneración o desconocimiento. Las medidas de seguridad aplican cuando la autoridad, luego de la constatación respectiva, llega a la convicción objetiva de que existe un peligro individualizado o colectivo para la persona en su vida, salud o seguridad por un estado de cosas o situación continuada en el tiempo y persigue cesarlo de modo inmediato.

En el derecho administrativo comparado encontramos en el derecho mexicano el reconocimiento explícito de esta medida, conceptuándola como aquella disposición de inmediata ejecución y sin procedimiento previo, que la autoridad puede dictar para proteger la salud y las seguridades públicas cuando se evidencie suficientemente riesgos. Los contenidos comúnmente empleados por estas medidas de seguridad son la suspensión de actividades o la clausura de la empresa o establecimiento cuya duración será solo la estrictamente necesaria hasta que cese el riesgo acreditado.<sup>12</sup>

En nuestro ordenamiento encontramos esta medida cuando se permite a las autoridades sanitarias de modo inmediato disponer el aislamiento, la cuarentena, la vacunación de personas, la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva, el decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para

---

12 Ley Federal de Procedimiento Administrativo

Título Quinto

Medidas de Seguridad

Capítulo Único

Artículo 81. «Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad competente para proteger la salud y la seguridad públicas. Las medidas de seguridad se establecerán en cada caso por las leyes administrativas».

Artículo 82. «Las autoridades administrativas con base en los resultados de la visita de verificación o del informe de la misma, podrán dictar medidas de seguridad para corregir las irregularidades que se hubiesen encontrado, notificándolas al interesado y otorgándole un plazo adecuado para su realización. Dichas medidas tendrán la duración estrictamente necesaria para la corrección de las irregularidades respectivas».



la seguridad o la salud de las personas, cuando se advierta riesgo en materia de salud pública.<sup>13</sup>

También la encontramos en materia municipal<sup>14</sup> cuando se permite a esta instancia disponer la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario; y también en materia de energía eléctrica, cuando el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)<sup>15</sup> constata falta de seguridad pública que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida y salud de las personas o del medio ambiente. La seguimos encontrando en materia de control de fuentes de radiación ionizante, para permitir a las autoridades nacionales disponer el precinto de ambientes y el decomiso de fuentes y equipos que afecten la salud y la seguridad de las personas, en caso de manifiesto

---

13 Ley General de Salud, artículo 130.

Artículo 131. «Las medidas de seguridad son de inmediata ejecución y se aplican sin perjuicio de las sanciones que correspondan».

Artículo 132. «Todas las medidas de seguridad que adopta la Autoridad de Salud en aplicación de la presente ley, se sujetan a los siguientes principios:

a) Deben ser proporcionales a los fines que se persiguen;

b) Su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que las justificó; y,

c) Debe preferirse aquellas medidas que siendo eficaces para el fin que se persigue, menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

14 Ley Orgánica de Municipalidades

Artículo 49. «Clausura, Retiro o Demolición

La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.

La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda.

La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales».

15 RCD N° 233-2009-OS-CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN

Artículo 18. «Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad se imponen únicamente en razón de la falta de seguridad pública constatada por la autoridad competente, que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, salud de las personas o medio ambiente, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño. Para disponer una medida de seguridad no se requiere necesariamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. La medida de seguridad se ejecutará sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar».



peligro o riesgo indebido de contaminación por radiación.<sup>16</sup>

Pero también, aunque confundida con la medida provisional, en materia de control de armas, municiones y explosivos de uso civil para permitir a la Dirección de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (DICSCAMEC) la incautación de armas.<sup>17</sup>

Las medidas de seguridad, a diferencia de las medidas correctivas que hemos analizado, son decisiones de inmediata ejecución: se aplican cuando se constatan situaciones de peligro para la salud, vida o medio ambiente, e independientemente de que estas situaciones constituyan *per se* un ilícito sancionable, se haya producido algún daño efectivo o incluso aun cuando no se haya individualizado a sus autores. Para su aprobación, la medida de seguridad no necesita el inicio previo de un procedimiento administrativo sancionador o de apercibimiento, pues consiste en la reacción frente a un estado de cosas y no a conductas de personas. Así, todas las medidas sanitarias son de ejecución inmediata, conforme lo establece el artículo 131 de la Ley General de Salud.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que no afecta al debido proceso del afectado que se clausure temporalmente negocios, establecimientos y locales sin necesidad de realizar un procedimiento previo de descargo o emplazamiento, cuando se verifique por parte de la autoridad —en este caso municipal— una actuación al margen de la ley y atendiendo además razones de seguridad:<sup>18</sup>

14. En el caso de autos, el demandante cuestiona el ejercicio del poder de policía de la Municipalidad [...]. Alega que, para su validez, la clausura requería necesariamente de un procedimiento administrativo previo con todas las garantías del debido procedimiento, en donde fuera posible discutir la existencia de la infracción que se le imputa y la pertinencia de una sanción.

15. Una respuesta a la cuestión requiere analizar las facultades conferidas a la Municipalidad por el artículo 49° de la Ley Orgánica de Municipalidades a la luz de los fundamentos del poder público.

16. Al respecto, el artículo 49° de la Ley Orgánica de Municipalidades establece

---

16 Decreto Supremo N° 039-2008-EM, Reglamento de la Ley de Regulación del Uso de Fuentes de Radiación Ionizante

Artículo 75. «De las facultades de los inspectores

Las acciones de fiscalización y control se ejercen a través de inspectores debidamente acreditados, quienes están facultados para:

g) Levantar actas y disponer, entre otras medidas, el precinto de ambientes o decomiso de las fuentes y equipos en el acto mismo de la inspección, a fin de resguardar la salud de las personas y la seguridad de las fuentes, en el caso de manifiesto peligro o riesgo indebido o cuando el usuario no cuente con la autorización correspondiente».

17 Ley N° 28627.

Artículo 3. «De las sanciones

3.3. La DISCAMEC, en los casos que corresponda, podrá disponer la media provisional de incautación, en resguardo de la seguridad de las personas, de la propiedad pública, privada y del ambiente, así como para asegurar la eficacia de la posible sanción a imponerse».

18 Ver las sentencias recaídas en los Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio SRL con Municipalidad Provincial del Callao), y N° 01050-2008-PA/TC (Florentino More C. con Municipalidad Distrital de San Borja).

expresamente la facultad de la Administración de clausurar locales de forma temporal o definitiva cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o cuando constituya un peligro o un riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública.

17. En este sentido, la norma en cuestión establece una serie de supuestos en los que la sola verificación del hecho por parte de la Municipalidad autoriza la ejecución inmediata de la medida de clausura, la misma que podría ser, sin embargo, cuestionada con posterioridad en sede administrativa. [...]

18. Así, el trámite de un procedimiento previo no resulta exigible para el caso de autos, toda vez que al no contar el demandante con una licencia que haga posible el ejercicio de su actividad empresarial, la misma se presenta como una actividad al margen de la Ley, que, como tal, estaría perjudicando el interés público al no haberse verificado que la actividad de este cumple con los requisitos legales exigidos para garantizar la seguridad pública y el desarrollo urbano del distrito.

19. En este sentido, no toda limitación de derechos exige el trámite de un procedimiento administrativo sancionador previo. Tal procedimiento no resultará necesario para supuestos como el presente, en donde la actividad empresarial del demandante es ejercida al margen de la Ley, sin contar con licencia, perjudicando con ello el interés público al no haberse verificado que su actividad sea coherente con el desarrollo urbano del distrito.

20. Tolerar el ejercicio de una actividad que no cuenta con los requisitos mínimos exigidos por la Ley supone incrementar indebidamente un riesgo para la seguridad pública y amenazar el desarrollo urbano del distrito, perjudicando así la calidad de vida de los vecinos del distrito y el valor de su propiedad. En esa medida, no resulta acorde con las exigencias de la función de policía de la Administración y su deber de garantizar la seguridad pública.

21. Por ello, este Tribunal considera que, en el presente caso, no existe vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo cuando se impone una medida de clausura temporal al establecimiento comercial del demandante, sin para ello habersele seguido previamente un procedimiento administrativo sancionador.<sup>19</sup>

Su adopción requiere un análisis de proporcionalidad sobre el tipo y duración de la medida de seguridad, de modo que permita la coexistencia de los bienes y valores como libertad y patrimonio con los de vida, salud y seguridad. Sería indebido que la medida de seguridad implementada o la forma de aplicarla resulte irrazonable, desproporcionada o injustificadamente lesiva a los otros derechos constitucionales, cuando basta para el mismo fin aplicar una medida provisional. Por ello, una vez dictada la medida, su contenido es una decisión mutable cuando cese el riesgo previsto por la autoridad.

---

19 Exp. N° 03951-2007-AA (Grifo Escorpio SRL con Municipalidad Provincial del Callao).

### 3. ¿Cuáles son las medidas de seguridad que puede dictar la administración sanitaria?

Las medidas sanitarias son los instrumentos estratégicos aplicados para prevenir la propagación de enfermedades o su contaminación, plasmadas o bien en un acto administrativo (si fuere una medida concreta sobre sujetos determinados y se agota con su ejecución) o bien mediante reglamentos (si fuere general, abstracta y aplicable a una colectividad indeterminada de personas por un tiempo específico).

Las medidas de seguridad actúan previa y posteriormente al evento, pues comprenden tres distintos momentos en que la salud del pueblo pueda encontrarse: mientras se sospecha de su posible presencia, durante su propagación, y cuando cesa, para evitar su reiteración (Colmeiro, 1875, p. 324).

Un aspecto importante es considerar que, siendo una decisión administrativa directamente ejecutiva, debe ceñirse al cumplimiento de determinados criterios ordenadores que sirven para controlar la corrección de su adopción. En nuestra opinión, esos no pueden dejar de ser: i) análisis de riesgo inminente; ii) proporcionalidad del contenido y de la duración de la medida con los fines perseguidos; iii) menor afectación posible a los derechos constitucionales limitados (reunión, libre tránsito y fijación de residencia); iv) contar con base científica suficiente; v) principio de precaución; y, vi) satisfacer el *test* de igualdad, de modo que la limitación sea aplicable de manera similar para todos los ciudadanos en situación de riesgo.

El contexto para su aplicación debe ser únicamente la existencia de un riesgo para la salud pública, es decir, la probabilidad cierta e inminente de que se produzca un evento que puede afectar adversamente la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague o pueda suponer un peligro grave y directo (Cierco, 2006). No cabe aplicar estas medidas en caso de meras sospechas o especulaciones no acreditables.

De otro lado, la misma ley prescribe expresamente, en su artículo 132, que todas las medidas de seguridad que adopta la Autoridad de Salud en aplicación de la presente ley se sujetan a los siguientes tres principios: a) deben ser proporcionales a los fines que se persiguen; b) su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que las justificó; y, c) debe preferirse aquellas medidas que, siendo eficaces para el fin que se persigue, menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

Ahora bien: consideramos que estos criterios no están completos si no acudiéramos a dos más que nos plantea el derecho comparado y resultan de lógica consideración por la naturaleza de las medidas (Salamero, 2016, p. 72). De un lado, el principio de científicidad, por el que la medida que se va a adoptar debe contar con una base científica, médica y epidemiológica suficiente que avale su empleo, lo cual convierte la medida en una decisión con fundamento en discrecionalidad técnica.<sup>20</sup>

---

20 Nuestro Tribunal Constitucional ha definido la discrecionalidad técnica como «el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico» (Exp. N° 0090-2004-AA/TC, Lima, Caso Juan Carlos Callegari Herazo).

No se trata de un catálogo de medidas por ser empleadas al azar o al capricho de la autoridad de turno. La limitación de otros derechos fundamentales necesita no solo razonabilidad jurídica sino también buena fundamentación de la medida en función del riesgo que se debe controlar.

Por otra parte, es necesario considerar que detrás de la medida que se va a adoptar se debe encontrar el principio de precaución, que haga aconsejable la medida aun ante la incertidumbre científica sobre el reto sanitario por atender.<sup>21</sup> Es decir que cuando un evento puede generar una amenaza para la salud o la vida humana grave e irreversible científicamente previsible, pero incierto en cuanto a sus límites, se deberán tomar medidas proporcionales y transitorias para evitar o disminuir el daño (Feria, 2012). Este elemento permite actuar cuando se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, cuyo riesgo no puede ser determinado con la certeza suficiente por la evaluación científica.

Si bien las medidas sanitarias pueden referirse a equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, paquetes postales o animales, en esta oportunidad, por el objeto de este artículo, es relevante enfocarnos en aquellas aplicables a las personas.

Así, podemos afirmar que la autoridad puede dictar las siguientes medidas de seguridad sanitaria conforme a la Ley General de Salud (Ley N° 26842, artículo 130), y en armonía con el Reglamento Sanitario Internacional.<sup>22</sup>

a) Aislamiento: la separación en su domicilio,<sup>23</sup> centro de salud o en un lugar especializado de las personas con una enfermedad contagiosa o contaminadas, con el objeto de prevenir la propagación de una infección y/o contaminación a personas saludables. Incluso puede darse el aislamiento de un paciente dentro de una misma dependencia hospitalaria para evitar el contagio a otros pacientes. Constituye una limitación a la libertad de desplazamiento de la persona enferma que debe durar hasta que se considere que está fuera de la etapa de

---

21 «Este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar de que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido» (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 2.2.2000, COM [2000], 1 final).

22 El Reglamento Sanitario Internacional (2005), o RSI, es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante suscrito por 196 países, entre los que se encuentran todos los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo consiste en ayudar a la comunidad internacional a prevenir y dar respuesta a los riesgos graves para la salud pública que puedan cruzar fronteras y amenazar a la población mundial. La finalidad y el alcance del RSI consisten en prevenir la propagación internacional de enfermedades y proporcionar protección frente a ellas, controlarlas y darles una respuesta de salud pública, todo ello de forma proporcional a los riesgos que supongan para la salud pública y evitando interferencias innecesarias con los viajes y el comercio internacionales ([https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418\\_spa.pdf;jsessionid=E01AD57B6DC-5DE103A44313BED83F529?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418_spa.pdf;jsessionid=E01AD57B6DC-5DE103A44313BED83F529?sequence=1)).

23 Por ejemplo, eso se determinó para los viajeros que ingresaron provenientes de territorios con antecedentes de coronavirus mediante el artículo 2.1.1. del DS N° 008-2020-SA.

contagio.

- b) Cuarentena o aislamiento social obligatorio preventivo: la restricción de las actividades y/o la separación de los demás de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas (ausencia de síntomas) debido al lugar de procedencia o por haber estado en contacto con alguien contagiado de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación. Constituye una limitación a la libertad de desplazamiento que debe durar hasta que se considere que el riesgo de contagio se ha diluido o desaparecido.<sup>24</sup>
- c) La observación personal: vigilancia del estado de salud de un viajero o de una persona a lo largo del tiempo con el fin de determinar el riesgo de transmisión de enfermedades.
- d) Vacunación de personas: es la administración compulsiva de sustancias inmunológicas ajenas al cuerpo, esto es, la suspensión de microorganismos virales, bacterianos vivos inactivados o sus fracciones, subunidades o partículas proteicas de los mismos, que, al ser administradas, inducen en el receptor una respuesta inmune específica contra la enfermedad infecciosa respectiva. Esta administración se efectúa con el previo conocimiento informado al paciente de sus ventajas y desventajas, y respetando su derecho a la dignidad.

Esta es una de las medidas de seguridad más discutidas en el derecho comparado, porque en algunos países únicamente se la admite de manera voluntaria, en cuyo caso la autoridad solo actúa bajo un rol promotor o de fomento (por ejemplo, EE.UU. y España<sup>25</sup>). Quienes participan de esta perspectiva consideran la prevalencia de la libertad individual y el derecho a la integridad personal frente a la protección de la salud pública, reconociéndose el derecho a negarse a la vacunación (Cierco, 2008; Tolosa-Tribeño, 2018; Cobreros, 1998; Alenza, 2013). En nuestro país este debate no se ha dado, pese a que entre los derechos constitucionales exceptuados por razones de sanidad no se encuentra explícitamente el de integridad personal. Sin embargo, contamos como respaldo para la vacunación obligatoria con la ley que la declara política de Estado<sup>26</sup> y el artículo 10.2 del Protocolo de El Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra la obligación estatal de adoptar medidas para proporcionar inmunización contra las enfermedades infecciosas y prevenir las enfermedades epidémicas y endémicas<sup>27</sup> Es más: la Ley General de Salud explícitamente dispone que «Solo por

---

24 Es lo que se decretó mediante el artículo 1 del DS N° 044-2020-PCM, de manera general para toda la población en el territorio nacional:

Artículo 1. «Declaración de Estado de Emergencia Nacional

Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.»

25 Para observar el panorama de la vacunación obligatoria o voluntaria en Europa, véase <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/vacunas-obligatorias-europa>

26 Ley N° 28010, Ley General de Vacunación.

27 Artículo 10. «Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

- razones médicas o biológicas podrá establecerse excepciones a la vacunación y revacunación obligatorias, establecida por la Autoridad de Salud de nivel nacional».<sup>28</sup>
- e) Suspensión de trabajos o servicios:<sup>29</sup> transitoriamente, y solo por razones de salud pública, la Autoridad de Salud puede restringir la realización de actividades de producción de bienes y servicios y las de comercio, así como el tránsito de personas, animales, vehículos, objetos y artículos que representen un grave riesgo para la salud de la población.<sup>30</sup>
  - f) Emisión de mensajes publicitarios que adviertan de peligros de daños a la salud de la población.
  - g) Cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones, lo cual incluye centros que han sido contaminados o con cuya concurrencia pueden provocar el contagio.<sup>31,32</sup>
  - h) Suspensión o cancelación de habilitación o autorización sanitarias de importación.

---

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. *la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
- d. *la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables» (cursivas nuestras).

28 Ley General de Salud, artículo 80.

29 «9.2 En el transporte interprovincial de pasajeros, durante el estado de emergencia, se dispone la suspensión del servicio, por medio terrestre, aéreo y fluvial».

30 Ley General de Salud, artículo 84.

31 Es lo que se dispuso para las actividades en los centros educativos de todo nivel mediante el DU N° 008-2020-SA, artículo 2.1.2.

32 Artículo 7. «Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes

7.1. Dispóngase la suspensión del acceso al público a los locales y establecimientos, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, grifos y establecimientos de venta de combustible. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio.

7.2 La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida debe ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos. En todo caso, se deben evitar aglomeraciones y se controla que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.

7.3 Se suspende el acceso al público a los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como a los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, actividades culturales, deportivas y de ocio.

7.4 Se suspenden las actividades de restaurantes y otros centros de consumo de alimentos.

7.5 Asimismo, se suspenden los desfiles, fiestas patronales, actividades civiles y religiosas, así como cualquier otro tipo de reunión que ponga en riesgo la salud pública».

- i) Transitoriamente restringir la realización de actividades de producción de bienes y servicios, y las de comercio, así como el tránsito de personas, vehículos, objetos y artículos que representen grave riesgo para la salud.<sup>33</sup>
- j) Realización de acciones de fiscalización en cualquier inmueble,<sup>34</sup> además de tomar muestras y realizar cualquier prueba.
- k) Otras que se consideren pertinentes. Esta es una cláusula general de apoderamiento de atribuciones que permite, por ejemplo, dictar otras medidas como pueden ser la de «distancia social», que implica limitar el acercamiento físico de las personas en su vida ordinaria,<sup>35</sup> prohibir reuniones de personas, obligar a tomar distancia de las personas en lugares públicos, evitar saludos físicos, etcétera. También puede permitir, en el plano externo, prohibir el ingreso de personas que proceden de determinados países focos de contagio, el cierre de fronteras<sup>36</sup> o exigir a los ingresantes declaraciones juradas sobre su estado físico<sup>37</sup> o certificaciones de vacunas.

#### 4. ¿El ejercicio de estas medidas de seguridad necesita alguna declaración previa?

No. La LGS las habilita como atribución propia de la autoridad sanitaria sin necesidad de requerir alguna declaración adicional o aprobación de Estado de Emergencia.

Por ende, el ejercicio de estas facultades no requiere que previamente se dicte un Estado de Emergencia Sanitaria. Recordemos que existen el Decreto Legislativo N° 1156 y su reglamento aprobado por DS N° 007-2014-SA, que crean un marco legal para que el Ministerio de Salud pueda declarar la emergencia sanitaria destinada a garantizar el servicio público de salud en los casos en que exista un riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones o la existencia de un evento que interrumpa la continuidad de los servicios de salud, en los ámbitos nacional, regional

---

33 Ley General de Salud, artículo 84.

34 Ley General de Salud, artículo 128.

35 DS N° 044.2020-PCM

Artículo 7. «Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes.

7.2 La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida debe ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos. *En todo caso, se deben evitar aglomeraciones y se controla que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios»* (cursivas nuestras).

36 Artículo 8. «Cierre temporal de fronteras

8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del lunes 16 de marzo de 2020.

8.2 Antes de esta fecha, los pasajeros que ingresen al territorio nacional deben cumplir aislamiento social obligatorio (cuarentena) por quince (15) días calendario».

37 Es lo que se aprobó inicialmente para los viajeros provenientes de países de expansión de la epidemia mediante el DS N° 008-2020-SA, artículo 2.1.1.



o local.

Tampoco es indispensable contar para la ejecución de estas medidas con el asentimiento del afectado, ni obtener mandato judicial previo.<sup>38</sup>

## 5. ¿Los afectados pueden reclamar indemnizaciones por el daño patrimonial que las medidas le pueden provocar?

En principio, no: son medidas de limitación de derechos que estamos obligados a acatar y a soportar en aras del bien común. Solo si fueran dictadas de manera desproporcional o por duración excesiva, podría pensarse en algún reclamo.

Como bien afirma Marienhoff refiriéndose en general a las medidas de policía administrativa: «el ejercicio del poder de policía por sí solo, no da lugar a resarcimiento; vale decir, el ejercicio del poder de policía, por sí, no genera responsabilidad del Estado por los perjuicios que de ello resulten, pues tales supuestos perjuicios no significan otra cosa que efectos de las lícitas y normales limitaciones al respectivo derecho del administrado: menoscabos semejantes no constituyen jurídicamente daños resarcibles» (Marienhoff, 2011, p. 547).

La base en nuestro derecho patrio para esta conclusión es el artículo 260 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece como regla la no responsabilidad patrimonial de la administración por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración cuando hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida de las personas. Dicho artículo es el siguiente:

### Artículo 260.- Disposiciones Generales

260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

260.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante del administrado damnificado o de tercero.

---

<sup>38</sup> Este último es el caso de España, donde serán los jueces del contencioso quienes autorizan o ratifican cada medida sanitaria que la autoridad administrativa quiera ejecutar. El artículo respectivo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece lo siguiente:

#### Artículo 8.1.

«[...] 6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia. *Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*» (cursivas nuestras).



Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Es decir, los perjuicios que los afectados incorporen a su patrimonio derivados de las medidas de cuarentena, aislamiento, cierre de locales y similar, no pueden ser trasladados a la administración.

Esta regla tiene su excepción si la medida adoptada se hubiese dictado de manera irrazonable o desproporcionada en cuanto a su intensidad o duración o afectado el principio de igualdad de los ciudadanos, es decir, si se trata de una medida discriminatoria en contra de algún ciudadano.<sup>39</sup> La propia Ley General de Salud así lo establece al declarar que entre todas las medidas por adoptarse la autoridad prefiere aquella que, siendo eficaz para su finalidad, perjudique menos la libertad personal, el patrimonio o la libertad de empresa (LGS, artículo 32).

Ya lo estableció hace dos siglos Fleiner:

Es función de la policía tomar las medidas necesarias para la conservación y la seguridad del orden público. La limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria. La policía no debe andar a cañonazos con los gorriones. Si, por ejemplo, un fondista expende aguardientes, infringiendo la licencia por venta de bebidas, la policía no puede, sin más, clausurar la fonda, pues para lograr su fin dispone de otros medios más suaves y adecuados (medios coactivos administrativos). El remedio más enérgico ha de ser siempre la *ultima ratio*. La intervención gubernativa ha de ser proporcionada a las circunstancias (Fleiner, 1993, p. 324)

## 6. Conclusiones

6.1. Desde los orígenes del derecho administrativo ha estado presente el estudio de las distintas formas de intervención jurídica de la administración sobre los derechos de los ciudadanos para proteger la salud pública. Esta policía sanitaria tiene varias manifestaciones. Siendo las más relevantes, según el momento en el que actúa (policía sanitaria previa o represiva), según el ámbito territorial que

---

39 Un ejemplo de esta responsabilidad patrimonial de la administración por perjuicios que genere a privados por acciones lícitas pero que los ciudadanos no tienen el deber de soportar por discriminador aun en entornos de crisis de Estado, es el deber de indemnizar a los afectados por requisiciones y transferencias de sus bienes en favor del Estado en estado de movilización nacional. Al respecto, dice el artículo 30 de la Ley de Movilización Nacional, Ley N° 28101:

Artículo 30. «Restitución de Bienes

Concluida la situación de emergencia se procederá, según sea el caso, a la restitución de los bienes transferidos, requisados o intervenidos, a sus respectivos propietarios en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por el deterioro, daño o pérdida total o parcial de los mismos, de conformidad con las disposiciones legales vigentes».

comprende (policía sanitaria interna o exterior) y por el bien jurídico protegido (policía sanitaria humana, animal o vegetal, también conocida como policía agraria).

- 6.2. Un componente esencial de esta policía sanitaria son las medidas de seguridad que puede disponer para proteger el derecho a la salud pública y que tienen como característica jurídica más importantes ser límites explícitos ordinarios constitucionalmente admitidos para restringir, mediante decisión ejecutoria de la autoridad administrativa, los derechos a la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de tránsito y de residencia, así como el de reunión.
- 6.3. En el derecho peruano, las medidas de seguridad sanitaria actúan en tres distintos momentos en que la salud del pueblo pueda encontrarse: mientras se sospecha de su posible presencia, durante su propagación, y cuando cesa, para evitar su reiteración.
- 6.4. Las medidas de seguridad habilitadas legales a las autoridades son: el aislamiento, cuarentena o aislamiento social obligatorio preventivo, la observación personal, la vacunación de personas; la suspensión de trabajos o servicios privados, la emisión de mensajes publicitarios que adviertan de peligros de daños a la salud de la población, el cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones, lo cual incluye centros que han sido contaminados o con cuya concurrencia pueden provocar el contagio, la suspensión o cancelación de habilitación o autorización sanitarias de importación, realización de actividades de producción de bienes y servicios, y las de comercio, así como el tránsito de personas, vehículos, objetos y artículos que representen grave riesgo para la salud, realización de acciones de fiscalización en cualquier inmueble, además de tomar muestras y realizar cualquier prueba y otras que se consideren pertinentes (distancia social, prohibir el ingreso de personas provenientes de determinados países focos de contagio, el cierre de fronteras o exigir a los ingresantes declaraciones juradas sobre su estado físico o certificaciones de vacunas).
- 6.5. Dichas medidas, según la realidad individual o general sobre la que deben ser aplicadas, pueden tomar la forma de actos administrativos singulares, actos administrativos generales o reglamentos, pero en todos los casos serán de inmediata ejecución. No requieren contar previamente con una declaración de estado de emergencia, el asentamiento del afectado ni obtener autorización judicial previa.
- 6.6. La autoridad cuenta para adoptar las medidas con discrecionalidad técnica que comprende el análisis de los siguientes aspectos: i) análisis de riesgo inminente; ii) proporcionalidad del contenido y de la duración de la medida con los fines perseguidos; iii) menor afectación posible a los derechos constitucionales limitados (reunión, libre tránsito y fijación de residencia); iv) contar con base científica suficiente; v) principio de precaución; y, vi) satisfacer el *test* de igualdad de modo que la limitación sea aplicable de manera similar para todos los ciudadanos en situación de riesgo.
- 6.7. En principio, las medidas de seguridad sanitaria son costos que estamos llama-

dos a soportar los ciudadanos, ya que atienden una situación de fuerza mayor, por lo que no generan obligación de resarcimiento en cabeza del Estado. Esta responsabilidad patrimonial puede producirse si la medida fuera desproporcional, de duración excesiva o generara una aflicción individualizada de efecto discriminatorio contra el afectado.

## Referencias

Alenza G., J. F. (2013). La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la administración. En J. F. Alenza García & M. L. Arcos Vieira (Directores), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en derecho sanitario*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Álvarez, Gendine, & Blanco, Sabino (1958). *Tratado general de derecho administrativo*. Tomo III. Barcelona: Bosch.

Bandeira de Mello, Celso Antonio (2006). *Curso de derecho administrativo*. México: Editorial Porrúa y UNAM.

Cierco S., C. (2006). *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. Granada: Comares.

Cierco, C. (2008). Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, Enhorn contra Suecia. En L. Martín Rebollo (Director), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. Volumen 1. Zaragoza: El Justicia de Aragón.

Cierco S., César (2018). *Vacunación, libertades individuales y derecho público. Ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Cobrerros M., E. (1998). *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*. Instituto Vasco de Administración Pública. Herri-Ardulararitzaren Euskal Erakundea.

Colmeiro, Manuel (1875). *Derecho administrativo español*. Madrid: Imprenta y Librería de Eduardo Martínez.

De Laubadere, André (1984). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.

Diez, Manuel María (1985). *Derecho administrativo*. Tomo IV. Madrid: Plus Ultra.

Feria C., Violeta Guadalupe (2012). El principio precautorio en la salud. En Fernando Cano V., *El principio precautorio* (pp. 49 y ss.). México: UNAM.

Fiorini, Bartolomé (1957). *Poder de policía*. Buenos Aires: Editorial Alfa.

Fiorini, Bartolomé (1997). *Derecho administrativo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fleiner, Fritz (1933). *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la octava edición

alemana. Lima: Editorial Labor S.A.

Magdaleno A., A (2013). La tutela de la salud colectiva como límite de los derechos fundamentales. En J. F. Alenza García & M. L. Arcos Vieira (Directores), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en derecho sanitario*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Marienhoff, Miguel S. (2011); *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV. Sexta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Mayer, Otto (1982). *Derecho administrativo alemán*. Tomo II. *Parte especial (Poder de policía y poder tributario)*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Salamero T., Laura (2016). Derechos individuales frente a la salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuesta de mejora del marco regulatorio vigente. Informe SESPAS 2016. *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, N.º 1, pp. 69-73.

Tolosa-Tribiño, C. (2018). El derecho a la salud y la vacunación. *Anales RANM*[Internet]. Real Academia Nacional de Medicina de España, N.º 135 (03), pp. 324-330.

Villalbí, J. R., Rodríguez-Campos, M., Orcau, A. et al. (2016). La hospitalización terapéutica obligatoria en el control de la tuberculosis. *Gac. Sanit.*, 30, pp. 144-147.

Von Stein, Lorenz (2016). *Tratado de teoría de la administración y de derecho administrativo*. México: Fondo de Cultura Económica.

# **TEORÍA GENERAL**



# **El derecho en tiempo de emergencia sanitaria**

*Carlos Ramos Núñez*  
Pontificia Universidad Católica del Perú





El encuentro entre el mundo precolombino y el mundo europeo se dio a través de una pandemia. En medio de los preparativos para la invasión del Tahuantinsuyo, el inca Huayna Cápac padecería de viruela y a causa de ella moriría. Producida la conquista, fueron millones los que fallecieron por la viruela, el sarampión, la polio. Todas estas enfermedades producirían una hecatombe poblacional. Hacia 1868, el jurista Toribio Pacheco moriría —en pleno apogeo de su producción profesional y académica— de fiebre amarilla. A lo largo de nuestra historia republicana se pueden encontrar diversas enfermedades infectocontagiosas que requirieron una respuesta inmediata del Estado para evitar su propagación y resguardar así la salud y la vida de las personas.

Hacia 1833 asomaría el cólera —generado por la bacteria *Vibrio cholerae*—, que como epidemia se ha presentado en diversos momentos de nuestra historia. Su presencia ha sido esporádica. Se encuentran registros de su aparición en el siglo XIX y en el siglo XX de forma temporal. Así, hacia 1833 encontramos que ante la emergencia del *cólera morbus* —que para ese momento había recorrido ya el antiguo hemisferio y causado estragos en México— el Gobierno del Perú ordenó, como parte de las medidas sanitarias para contrarrestar su avance, que los buques procedentes de México y Centroamérica, Ecuador y San Salvador se sometieran a la más rigurosa cuarentena. El tripulante que infringiera la norma era incomunicado con tierra a dos tiros de cañón por 20 días (Decreto, 25/7/1833).

La enfermedad tendría relativa duración, pues por un decreto del presidente José Orbegoso, el 26 de julio de 1834 se declararían libres de cuarentena a los buques procedentes de México, por haber desaparecido el *cólera morbus*, un año después. Una disposición similar para contrarrestar una epidemia data de 1834, en el gobierno del presidente provisional Luis José Orbegoso. La norma ordenaba a todo buque procedente de Guayaquil entrar en una rigurosa cuarentena. Mandaba que todo habitante del Perú que hubiere visitado un buque procedente de puertos o caletas fuere incomunicado por el tiempo considerado conveniente por el médico. Se ordenó también establecer una Lazerato en la isla San Lorenzo para guarecer a los pasajeros y tripulantes. La Comandancia de Marina tendría a su cargo la vigilancia del cumplimiento estricto de la incomunicación, y la realización de rondas para su mayor cumplimiento. Se ordenaba picar las cartas y empaparlas en vinagre, así como fumigar los buques con azufre (Decreto, 23/5/1834).

No pasaría mucho tiempo y el 27 de agosto de 1834 sería dejada sin efecto la cuarentena que acataban los buques procedentes de Guayaquil. La epidemia había desaparecido. Entre 1918 y 1919, en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, llegaría la mal llamada «gripe española» (en realidad era de origen estadounidense) (Phillips, 2001; Barry, 2005; Marciniak, 2013; Arnold, 2018; Breitnauer, 2019; Kingsley Kent, 2018).

Se hallan los primeros registros de la letal peste bubónica a mediados de 1903 en la ciudad de Lima. En 1903, Lima era un excelente hogar para las ratas —transmisoras, por medio de sus pulgas, de esta enfermedad—; literalmente, estaba infestada de roedores. Era extendido el pésimo servicio de recojo de basura; además, en esta época los canales de desagüe eran abiertos y recorrían la vía pública, y aunque Lima tenía un sistema de alcantarillado cerrado, no ocurría lo mismo en provincias. Por Resolución Legislativa, el 28 de agosto de 1903 el Congreso otorgó al Poder Ejecutivo la posibilidad de destinar el dinero necesario para atender y auxiliar a los pueblos afectados por la peste bubónica (Resolución Legislativa, 28/9/1903).

Una norma que data del 30 de septiembre de 1903 autoriza al Poder Ejecutivo para, en el contexto de la aparición de la peste bubónica y mientras esta subsistiera en la República, se procediera a habilitar los puertos menores y caletas del litoral peruano, como medida para contrarrestar este mal (Ley, 30/9/1903, artículo 1). En los primeros años del siglo XX se observa un temor latente por la propagación de enfermedades infectocontagiosas. Por Ley N° 2348, José Pardo ordenaría que se realice la declaración obligatoria de las enfermedades infectocontagiosas, así como el aislamiento de quienes las padecieran (23/11/1916).

En esa línea, Augusto B. Leguía ordenaría hacia 1924 que en los colegios y escuelas la enseñanza de la higiene, las enfermedades infectocontagiosas, el alcoholismo y la puericultura (esto último solo en institutos femeninos) se incluyera en el plan curricular de estudios (Ley 4950, 16/2/1924). Unos años después, hacia 1933, el paludismo —enfermedad febril transmitida al ser humano por mosquitos infectados del género *Anopheles*— se desataría en el valle de La Convención y Lares, del departamento de Cusco. En este caso el Gobierno adoptaría medidas fiscales para destinar fondos hacia estas localidades con el fin de emprender una campaña sanitaria de erradicación (Ley N° 7805, 28/9/1933).

El paludismo aparecería en diversas regiones. Hacia 1942, el Gobierno de Manuel Prado declararían zona palúdica al Valle de Condebamba (Ley N° 9664, 19/11/1942). Otra enfermedad que ha estado presente en nuestra historia es la verruga peruana o bartonelosis, que como una endemia ancestral afectó en mayor medida zonas interandinas y áreas cercanas a la selva desde épocas precolombinas —se tiene vestigios arqueológicos de ella—. Esta enfermedad, visible como erupciones de color rojizo, sería estudiada por los médicos peruanos como Daniel Alcides Carrión (1885) y Alberto Barton (1905). El Gobierno de Eduardo López de Romaña ordenaría financiar con 200 libras estudios científicos sobre la verruga peruana al doctor Ernesto Odriozola (Ley, 21/9/1901). Hacia 1946, José Luis Bustamante declararían a la enfermedad de Carrión o verruga peruana como «enfermedad social» (Ley N° 10406, 28/2/1946).

Uno de los rebrotes más letales de la verruga peruana terminaría con la vida de casi el 70 % de empleados que construían el tren La Oroya-Lima (1875). Aun ahora

la enfermedad está presente en varios departamentos de nuestro país. Una enfermedad viral de rápida propagación en zonas tropicales que hoy aqueja al Perú es el dengue —procedente del *Aedes aegypti*— desde el primer caso oficialmente reportado en Iquitos hacia 1990. La enfermedad ha recorrido diversos departamentos del país. En este escenario, el Ministerio de Salud (MINSA) ha definido criterios para su prevención estableciendo mapas de riesgo entomológico y estratificando el riesgo. También se han implementado las ovitrampas, dispositivos para detectar al *Aedes*. El virus del zika —transmitido también por el mosquito de nombre *Aedes*— ha generado altas tasas de mortandad en el mundo, sobre todo en poblaciones vulnerables. Ante ello, el MINSA ha elaborado líneas preventivas de acción para su prevención y control. El COVID-19, oficialmente declarado pandemia por la OMS, se introdujo en nuestro país a principios de marzo. No pasaría mucho tiempo y en este marco se decretaría el estado de emergencia sanitaria en el Perú. La Constitución establece dos sistemas de excepción: uno moderado, que es el estado de emergencia, y uno más extremo, que es el estado de sitio. En el Perú se ha declarado el estado de emergencia de manera temprana, a mediados de marzo (Andityas Soares de Moura Costa Matos & Francis García Collad, 2020).

En este marco se ha establecido un toque de queda, cuyo horario se ha ido morigerando con el paso del tiempo. Al inicio la respuesta popular fue favorable. Se estableció también una medida pintoresca, que consistió en que algunos días podían salir a la calle solo las mujeres, y otros días, únicamente los hombres. Un aspecto de carácter social fue que los primeros enfermos pertenecían a estratos urbanos de clase media alta. Con el tiempo el componente social fue cambiando de estas zonas a las más populares. El control social y el reproche fueron mayores en las clases populares. Se presentó un discurso mediático que insistió mucho en la desobediencia social, y ello se tradujo en decretos de urgencia cada vez más restrictivos. En el devenir de esta pandemia el Gobierno ha postergado la cuarentena hasta por cuatro veces. Ahora utiliza un nuevo lenguaje, denominado «la nueva convivencia social», en la búsqueda por normalizar cierto tipo de comportamiento. Se ha clasificado a los grupos vulnerables por tener problemas cardíacos, ser diabéticos o tener sobrepeso. Todas estas personas están restringidas de realizar trabajo presencial. Resulta pertinente preguntarnos si este manto de «protección» es del todo positivo, pues termina afectando a personas para quienes encontrar trabajo va ser difícil después de estas disposiciones. A este sector se le suma la población migrante que, debido al confinamiento obligatorio, ha visto sus posibilidades de sobrevivencia aún más reducidas (Samaddar, 2020). Han aparecido en este contexto los denominados «caminantes», muestra de la alta vulnerabilidad en la que se encontraban muchas familias. El Gobierno ha respondido permitiendo su traslado a sus respectivos departamentos, y destinando fondos a los gobiernos regionales para responder a esta situación. Otro grupo vulnerable que se ha podido avizorar es el compuesto por los pueblos indígenas o aborígenes. El Gobierno ha intentado reducir esta vulnerabilidad mediante el Decreto Supremo N° 1489, que señala que las acciones destinadas a la prevención del COVID-19 se desarrollen respetando las lenguas originarias, medida realmente necesaria. El derecho a la educación en tiempos de pandemia también se ha visto disminuido y, en algunos casos, totalmente restringido, aun cuando el Gobierno

ha intentado implementar el programa «Aprendo en Casa», que busca garantizar la continuidad en la educación interrumpida desde el inicio del confinamiento. Esta medida ha servido en zonas urbanas, pero no en zonas rurales ni amazónicas. Eso sin mencionar la diferente afectación según niveles educativos. Otro sector de alta vulnerabilidad es el constituido por los habitantes de los centros penitenciarios. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia de estado de cosas inconstitucional, haciendo referencia a la situación del hacinamiento en los centros penitenciarios. En las condiciones en las que se encuentran actualmente, estos centros penitenciarios representan un caldo de cultivo en general para cualquier enfermedad. La pandemia llegó al Perú un 6 de marzo. Desde entonces nos ha mostrado su letalidad y también ha puesto en el reflector las serias falencias que nuestro país tiene en materia de salud pública, brechas de igualdad y exclusión social.

## Referencias

- Arnold, Catharine (2018a). *Pandemic 1918: eyewitness accounts from the greatest medical holocaust in modern history*. New York: St. Martin's Press.
- Arnold, Catharine (2018b). *Pandemic 1918: the story of the deadliest influenza in history*. Editorial Michael O'Mara.
- Barry, John M. (2005). *The great influenza: the story of the deadliest pandemic in history*. Penguin Books.
- Breitnauer, Jaime (2019). *The spanish flu epidemic and its influence on history: stories from the 1918-1920 global flu pandemic*. Pen and Sword History.
- Kingsley Kent, Susan (2018). *The bedford series in history and culture. The influenza pandemic of 1918-1919: a brief history with documents*. Bedford/St. Martin's.
- Marciniak, Kristin (2013). *History's greatest disasters. Flu pandemic of 1918*. Core Library.
- Phillips, (2001). *The spanish influenza pandemic of 1918-19: new perspectives (studies in the social history of medicine)*. Routledge.
- Samaddar, Ranabir (Ed.) (2020). *Borders of an epidemic: Covid-19 and migrant workers*. Mahanirban Calcutta Research Group.
- Soares de Moura Costa Matos, Andityas, & García Collado, Francis (2020). *El virus como filosofía, la filosofía como virus: reflexiones de emergencia sobre la pandemia de COVID-19*. Ediciones Bellaterra.

# **Estado de emergencia mundial y el nuevo Nomos de la tierra**

*Eduardo Hernando Nieto*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



*Pero donde hay peligro crece también lo que nos salva.*

Patmos  
Hölderlin

## 1. El derecho como *Nomos*

Allí donde existe el hombre existe la comunidad y, como decía Aristóteles, «de todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales y que el hombre es por naturaleza un animal social» (Aristóteles, 1999, p. 50). De esta manera, no es posible que exista algo que preceda a la sociedad; no podría haber existido entonces un Estado presocial, como lo sostenían algunos iusnaturalistas modernos —Hobbes, por ejemplo—, quienes afirmaban el carácter convencional no solamente de las sociedades sino incluso de los gobiernos.

Por su parte, Fustel de Coulanges (2010, p. 109) —otro clásico hoy escasamente citado— nos aseguraba que la familia y la fratria griega o curia romana, que eran espacios de culto, fueron las primeras formas políticas en el mundo occidental y a través de ellas se desarrollaba inicialmente la vida colectiva hasta llegar a la ciudad, el Imperio y el Estado.

Más cercano en el tiempo, el conocido teórico del constitucionalismo y del derecho público, el profesor alemán Carl Schmitt, nos recordaba que el derecho siempre se manifestó en términos de *Nomos* u orden (Schmitt, 2002), es decir, como un principio ordenador del espacio desde el momento en el que los primeros hombres hacían suya la tierra:

[...] la tierra lleva sobre su superficie firme vallados y cercados, mojones de piedra, muros, casas y otras edificaciones. Entre ellos se revela la ordenación y el asentamiento de la convivencia humana. La familia, la estirpe, la casta y la posición, los tipos de propiedad y de vecindad, pero también las formas de poder y de dominio se hacen aquí visibles. (Schmitt, 2002, p. 3)

Así, esta toma de tierra establecía el derecho —acotaba Schmitt— en dos sentidos: hacia dentro y hacia fuera. En el caso interno aparecía bajo la condición de

propiedad, sea individual o colectiva, pero hacia fuera se veía que el grupo que ocupaba la tierra se oponía a otros grupos que habían hecho lo propio (Schmitt, 2002, p. 7).

El derecho o *Nomos* se referirá entonces a estos dos vocablos, posesión y espacio. El primero, un concepto típicamente jurídico —romano, para ser más específico—, y el segundo, filosófico, pues aludirá a una de las dos categorías —junto con el tiempo— que determinan nuestra percepción de la realidad. Pero lo más relevante es que tanto el espacio como el tiempo estarán siempre limitados (D'ors, 1998, p. 12).

Así, pues, tendríamos que en sus orígenes el derecho era tanto posesión personal de la tierra como posesión y delimitación del espacio por parte de una comunidad, pero siempre como una pluralidad de comunidades, cada una desarrollándose en su propio espacio (limitado). De hecho, el propio Imperio romano tuvo sus fronteras, y el Sacro Imperio, por más vocación de universalidad que tuviera, nunca llegó a abarcar todo el espacio terrestre. El *Nomos* de la Tierra es en realidad el *Nomos*, pero en plural. Así también lo establecía Schmitt en *El concepto de lo político*, al definir la esencia de lo político:

Del rasgo conceptual de lo político deriva el pluralismo en el mundo de los Estados. La unidad política presupone la posibilidad real del enemigo y con ello la existencia simultánea de otras unidades políticas. De ahí que mientras haya sobre la tierra un Estado, habrá también otros y no puede haber un Estado mundial que abarque toda la tierra y a toda la humanidad. El mundo político es un pluriverso y no un universo. (Schmitt, 2005, pp. 82-83)

La coexistencia entre distintas comunidades que establecían entre sí relaciones de amistad y de enemistad ha sido pues la esencia de lo político desde que apareció el hombre sobre la Tierra.

## 2. El *Nomos* frente al constitucionalismo global

El fin de la Segunda Guerra Mundial y el avance de la ideología liberal,<sup>1</sup> sobre todo a partir del empuje de la socialdemocracia (Vázquez, 2012, pp. 11-28), impulsó el desarrollo del constitucionalismo como un nuevo tipo de orden jurídico-político que excluyó el espacio y que priorizó en su lugar la defensa de los derechos individuales

---

1 El término liberal puede generar ciertos malos entendidos pues se suele asociarlo con el desarrollo del mercado o sociedad comercial. Sin embargo, aquí se entiende por liberal aquella doctrina que pone el énfasis en la autonomía, es decir, en la capacidad de llevar adelante un plan o proyecto de vida personal, para lo cual es indispensable contar con medios; por ello se asume que quienes carecen de bienes no podrán ser autónomos así que se hace inevitable llevar a cabo una política de distribución que generalmente emprenderá el Estado. De esta forma este liberalismo partirá de la libertad para llegar finalmente a la igualdad. Esto es lo que se puede advertir en la obra de distintos autores sobre todo anglosajones como John Rawls y su *Teoría de la justicia* (1971) o Ronald Dworkin y *Los derechos en serio* (1977), referentes clásicos de esto que será llamado también liberalismo igualitario o socialdemócrata y que justamente por su interés por el principio de igualdad se llevará tan bien con las corrientes socialistas.



y el sometimiento de cualquier poder a la llamada jurisdicción constitucional (Schmitt & Kelsen, 2018).

De esta forma, el Estado (*Nomos*) pasaría de ser concebido como un sistema normativo (Kelsen) a una Constitución (Zagrebelsky, 1999); incluso, como señalaría un conocido teórico legal italiano, a una Constitución mundial (Ferrajoli, 2006) basada en la internacionalización de los derechos humanos:

Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre los derechos humanos, estos derechos son «fundamentales» no solo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías. (Ferrajoli, 2006, p. 55)

La soberanía estatal se diluirá entonces frente a este constitucionalismo internacional que orientará la acción de todas las autoridades políticas y avizorará una reactualización de una paz perpetua y universal (Kelsen, 2003; Ferrajoli, 2004) en la que la interpretación de los derechos se dirigirá a la protección de los derechos de las minorías o los más débiles (Dworkin, 2000; Ferrajoli, 2006). Decía al respecto Judith Shklar, una antigua profesora de filosofía política de Harvard y un referente para esta visión ideológica:

Para este liberalismo, las unidades básicas de la vida política no son las personas discursivas y reflexivas ni los amigos y los enemigos, ni los ciudadanos-soldados patrióticos, ni los litigantes enérgicos, sino los débiles y los poderosos. Y la libertad que desea garantizar es la libertad frente al abuso del poder y la intimidación de los indefensos a que invita esta última diferenciación [...] Se preocupa por los excesos de los organismos oficiales en todos los niveles del gobierno y presupone que estos son capaces de imponer la carga más pesada sobre los pobres y los débiles. (Shklar, 2018, pp. 52-53)

Ciertamente, ha sido tal la fuerza en la defensa de este enfoque que incluso se llegó a acuñar el término *neoconstitucionalismo* para enfatizar esta manera particular de interpretar la Constitución en función de la protección y garantía de los derechos —de minorías o de los comúnmente llamados grupos en desventaja— y a dotar a las Constituciones de lo que llaman la fuerza normativa de la Constitución (Pozzolo, 2011; Guastini, 2005), otorgando a los órganos jurisdiccionales constitucionales y a las Cortes internacionales el poder de interpretar los textos constitucionales y decidir así sobre los principales problemas políticos que pudiesen suscitarse en cualquier realidad influenciada por esta visión liberal y progresista del derecho.

Así como en el ámbito comercial se afirmaba la idea de un mundo de puertas abiertas con el fin de que pueda fluir el capital y los bienes, lo mismo pretendía hacerse en el plano del derecho, llegándose a configurar lo que el profesor de derecho de la Universidad de Chicago Eric A. Posner (2009) definió años atrás como «legalismo global» (*global legalism*), un fluir de los derechos que dejaban de

lado las reglas que emanaban de la autoridad soberana a favor de una serie de principios abstractos que iban a ser definidos por los jueces y las Cortes, quienes justamente iban a estar influenciadas por esta ideología del legalismo o constitucionalismo de los derechos.

La lógica que seguía este «legalismo global» apuntaba a considerar que el incremento de los problemas globales vinculados al medio ambiente, terrorismo —y, por supuesto, lo que hoy nos aqueja: la pandemia— se presentarían como problemas de acción colectiva pero que serían incapaces de ser resueltos por un gobierno mundial —que sería lo que correspondería—, por lo que trasladaba su solución al derecho, mejor dicho, al derecho internacional, quien sería el encargado hoy de responder frente a tales situaciones. Dice Posner:

Los legalistas globales sostienen que un gobierno mundial no es posible en un futuro previsible, pero el derecho internacional, sin un gobierno mundial, puede no obstante resolver o aminorar los problemas de acciones colectivas. El derecho internacional, normalmente concebido como un objeto de interés de los gobiernos, deviene en un sujeto, se desarrolla, se expande y limita. Y se desarrolla de cierta forma que envuelve a los Estados con su abrazo, presionándolos a actuar contra sus intereses, empujándolos a grados cada vez más elevados de cooperación para de esta manera resolver los problemas de acción colectiva. (Posner, 2009, p. 16)

Como luego enfatizará el mismo profesor Posner, el «legalismo global» no es una doctrina o una teoría sino más bien una actitud frente al derecho «que pone su fe en las leyes y en las Instituciones para la solución de los problemas» (Posner, 2009, p. 17), siendo el caso que tanto académicos como abogados litigantes asumen que esta es la realidad; incluso las propias autoridades y políticos se sienten intimidados por el poder del legalismo y sucumben entonces antes sus acciones y decisiones.

En esta línea, un fenómeno claramente visible es además la tendencia a constitucionalizar el derecho estatal y, ahora también, la de internacionalizar el derecho constitucional (Von Bogdandy & Venzke, 2016; Capaldo, Sieckmann & Clérico, 2012).

El profesor alemán y director del área de derecho público comparado y derecho público internacional del Instituto Max Planck de la Universidad Goethe de Frankfurt, Armin von Bogdandy, ha sido uno de los que han animado el debate a favor de esta tendencia envuelta en el siempre atractivo ropaje de la expansión de la democracia y de la nueva dimensión del derecho internacional que superaría las clásicas visiones monistas (Kelsen) y dualistas para ofrecer una teoría pluralista (Von Bogdandy, 2016, p. 23). Dice al respecto el profesor Von Bogdandy: «Sostengo que, teniendo en cuenta el actual grado de desarrollo del derecho internacional, debe existir la posibilidad, al menos, en las democracias liberales, de establecer dentro del orden jurídico interno límites legales a los efectos de una norma o de un acto de derecho internacional que colisione de manera grave con principios constitucionales» (Von Bogdandy, 2016, p. 23); es decir que, desde esta lógica, los principios constitucionales se encontrarán por encima de cualquier voluntad.

Este modelo apunta entonces a afirmar un pluralismo jurídico que conlleva también cambios significativos en el constitucionalismo clásico al sostenerse que ninguna Constitución es ya un universo en sí sino un componente de un pluriverso normativo (Von Bogdandy, 2016, p. 26). El derecho interno regula cuestiones internacionales, pero también las normas internacionales regulan las nacionales, procurándose finalmente lo que él llama «un acoplamiento entre ordenamientos jurídicos» (Von Bogdandy, 2016, p. 26); sin embargo, reconocerá que esta nueva teoría del derecho internacional se encuentra aún en desarrollo, por lo que no se puede definir claramente su dimensión (Von Bogdandy, 2016). Pero sí queda claro, en todo caso, que el derecho internacional y las Cortes internacionales han desarrollado una forma de autoridad distinta a la clásica autoridad estatal basada en el ejercicio de la coacción y la fuerza. Su autoridad operaría *de facto*:

Hoy en día esta concepción tradicional de autoridad pública es demasiado estrecha. Nuestra propuesta es esta: la autoridad pública debe ser definida más ampliamente como la capacidad, basada en actos legales, de impactar a otros autores en el ejercicio de sus libertades, bien sea jurídicamente o de facto. Esta noción expandida de autoridad está basada en un argumento de principio. Si el derecho público es concebido en la tradición liberal-democrática como el sistema para proteger los principios de libertad individual y para permitir la autodeterminación colectiva, este debe abarcar todo acto que impacte estos principios, siempre que dicho impacto sea lo suficientemente significativo como para que surja la cuestión de la legitimidad. (Von Bogdandy, 2016, p. 166)

La perspectiva de la internacionalización del derecho constitucional reconoce su deuda con la semántica globalista establecida por diversos organismos internacionales y su burocracia. Conceptos como el de *justicia penal internacional* o *gobernanza global*,<sup>2</sup> por ejemplo, son identificados como inspiración para tesis como las de Von Bogdandy (2016, p. 167).

Así, pues, sea el constitucionalismo mundial o el legalismo global o el pluriverso internacional o la gobernanza, en todos los casos lo que se percibe es un grave debilitamiento de la fuerza de muchos Estados soberanos<sup>3</sup> y su *Nomos* sometido a un sistema de justicia y de Cortes que, como señala el profesor Von Bogdandy, coordinan y cooperan con innumerables organismos internacionales no gubernamentales, delineando la agenda política planetaria e intentando, según señalan, colaborar en la solución de los problemas colectivos globales.

---

2 La gobernanza es un término acuñado por la burocracia global para referirse a las decisiones colectivas que ya no dependen de los Estados soberanos sino de instituciones, reglas o procedimientos abstractos que pertenecerían a un sistema internacional resultado del desarrollo tecnológico y la propia globalización.

3 Decimos de algunos Estados soberanos solamente, porque es indudable que los organismos internacionales dependen de la ayuda económica de los Estados más fuertes, por lo que en sus casos podrían no verse afectados por esta nueva forma de autoridad no gubernamental.

### 3. El estado de excepción

Cuando Carl Schmitt, en su famoso libro *Teología política* (2009), polemizaba con la teoría jurídica de Hans Kelsen a propósito de lo que significaba la exclusión de la excepción en su sistema normativo, seguramente no se podía imaginar que muchos años adelante, en el futuro, el mundo se podría enfrentar a lo que hoy estamos experimentando, un estado de emergencia mundial, pero sin la existencia de un Estado global.

Como se había mencionado al inicio, para el profesor alemán no sería posible pensar en un Estado mundial, porque el mundo no podría constituir una unidad política a menos que se sufriese alguna invasión extraterrestre; solo así podría considerarse a la humanidad como un concepto político (Schmitt, 2005, p. 83). Pero mientras esto no ocurriese, el mundo tendría que ser siempre un pluriverso y no un universo.<sup>4</sup> En esas condiciones, ¿cómo se tendría que enfrentar una pandemia planetaria?: ¿por medio del globalismo legal?, ¿gracias al derecho internacional?, ¿la gobernanza?, ¿el constitucionalismo de los derechos?

Todas estas interrogantes nos conducen justamente a volver a Schmitt y a otros autores contemporáneos (Dugin, 2020; Reza Jorjani, 2017), que ya empiezan a anunciar el término del globalismo y, por ende, también de todo el aparato jurídico que se venía construyendo alrededor de él.

De acuerdo con la concepción liberal de Kelsen, la situación de necesidad ya no era derecho (Schmitt, 2009, p. 19), porque solo era derecho la legalidad. Kelsen desintegraba el Estado y la soberanía bajo la abstracción neokantiana del Estado de derecho y consideraba que nada podía quedar fuera de la norma, como igualmente podían pensarlo los racionalistas. Así lo acotaba Schmitt:

La excepción perturba la unidad y el orden del esquema racionalista: No es raro encontrar argumentos de este tipo en la teoría del Estado positivista. Así, por ejemplo, Anshütz resuelve el problema de la conducta que seguir cuando no existe la ley de presupuestos, diciendo que no es un problema jurídico. No es ésta una laguna de la ley, es decir, del texto constitucional; es más bien una laguna del derecho que ninguna operación conceptual de la ciencia jurídica podría llenar. (Schmitt, 2009, p. 19)

---

<sup>4</sup> Sin embargo, hay ciertas especulaciones respecto a su trabajo *Teoría del partisano* (2013b), donde se podría avizorar algún cambio en sus ideas y considerar el fin del pluriverso por acción del avance de la técnica y la energía atómica, los cuales generarían graves problemas globales que hipotéticamente podrían conducir a un mundo unificado sin conflictos o guerras. Así, refiriéndose a la historia del partisano: «Mientras que el partisano no era más que una tropa ligera, un húsar o tirador de especial movilidad táctica, su teoría era la de la competencia militar. Únicamente la guerra revolucionaria la convirtió en una figura clave de la historia universal. ¿Pero qué será de él en la época de los medios de destrucción atómicos? En un mundo técnicamente organizado y planificado las antiguas formas e ideas feudal-agrarias de lucha y guerra y enemistad tienen que desaparecer. Es evidente. Pero ¿desaparecerán también lucha y guerra y enemistad como tales, convirtiéndose en conflictos sociales más o menos inofensivos? Cuando se haya realizado por completo la racionalidad y la regularidad inmanentes a un mundo técnicamente organizado —según creencias optimistas— entonces el partisano no supondrá siquiera un perturbador (Schmitt, 2013b, p. 87).

De esta manera, para el profesor Schmitt más importante que la regla era siempre la excepción: «la excepción es más interesante que el caso global, lo normal nada prueba, lo excepcional todo, no solo confirma la regla, sino que ésta vive de aquella» (Schmitt, 2009, p. 20).

Si bien la figura de la excepción puede ser presentada a través de la forma de la dictadura (Agamben, 2005, p. 71), no hay que perder de vista el hecho de que la dictadura podía ser tanto comisarial como soberana (Schmitt, 2013a). En el primer caso se trataba de que el dictador cumplía su misión y luego devolvía el poder a quien se lo había otorgado; mientras, en el caso de la soberana ya no se daba esta figura, sino que el dictador cambiaba las reglas para perpetuarse. Esa última sería entonces la forma de la dictadura moderna (totalitaria).

El estado de excepción podía implicar algún grado de violencia, pero esta siempre estaba contenida precisamente porque no era un estado de anarquía y había cierto grado de juricidad. Como anotara el filósofo italiano Giorgio Agamben, el gran aporte de Schmitt sería, para él, el poder hacer viable la relación de la excepción con lo jurídico, de manera que la teoría de la excepción era una doctrina de la soberanía (Agamben, 2005, p. 85).

Alain de Benoist, importante pensador conservador y conocedor de Schmitt, anotaba al respecto:

El estado de emergencia es también importante porque revela el original carácter no normativo del derecho. No es la justicia (Recht) como tal lo que queda suspendido en el estado de emergencia, sino solamente el elemento normativo del derecho (Gesetz). De esta manera el estado de emergencia revela el carácter existencial del derecho. La excepción es esencial no porque es rara, sino porque es impredecible. (De Benoist, 2013, p. 77)

De esta forma, tenía sentido la conocida frase «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción» (Schmitt, 2009, p. 13) que afirmaba categóricamente el profesor Schmitt al inicio de *Teología política*. Con ello ratificaba el carácter decisionista del estado de emergencia, ya que en una situación límite las reglas debían ceder su lugar a las acciones del soberano —que no necesariamente debía ser un individuo— cuya obligación en este punto no era otra que la de enfrentar y superar la emergencia para el bien de la comunidad. Evidentemente, si no hubiese soberano entonces imperaría el caos, por lo que su presencia en este caso confirmaba la existencia del *Nomos* u orden de la tierra. Como bien diría finalmente él, el derecho o *Nomos* no es sino *un orden concreto*, un espacio donde en tiempos de paz impera la Ley pero en tiempos de guerra —o pandemia, diríamos hoy— lo hace la decisión (Schmitt, 1996).

#### **4. Estado de excepción mundial, pandemia y posglobalización**

Si bien se ha señalado que el inicio del fin del globalismo y de la irrupción del estado de emergencia global —incluso se habla de la tercera guerra mundial— comenzó el 11 de septiembre de 2001 con los atentados de Nueva York (Reza Jorjani, 2017,

p. 1), el comienzo del año 2020 marca un giro extremo en lo que podría ser una etapa crepuscular para la civilización occidental moderna.

Tras la expansión viral se pudo ver y leer en las redes una rápida respuesta de muchos intelectuales mediáticos que emitían sus sentencias sobre los hechos desde sus posiciones ideológicas. Por ejemplo, el filósofo esloveno Slavoj Žižek anunciaba con la pandemia un golpe mortal al capitalismo —un golpe a lo *Kill Bill*, decía según sus conocidas aficiones cinematográficas—, y consideraba que esta situación sería una gran oportunidad para dejar el «orden mundial liberal capitalista» y sustituirlo por uno «comunista» (Žižek, 2020).

Otro conocido filósofo coreano afincado en Alemania (donde ejerce la docencia universitaria), Byung Chul Han (2020), contrarrestaba las tesis de Žižek advirtiendo que el virus no matará al capitalismo ni al sistema e, incluso, paradójicamente la propia China podría comercializar su aparentemente exitoso modelo de Estado policial digital. Sin embargo, alababa la cultura asiática, más disciplinada que la occidental y, por ende, mejor «dotada» que las sociedades liberales para enfrentar exitosamente la pandemia.<sup>5</sup>

Giorgio Agamben (2020), por su parte, buscaba reforzar su tesis de las ciudades modernas convertidas en campos de concentración señalando al inicio de la pandemia que todo era una gran exageración de los poderes *de facto* para garantizar el confinamiento y el control de la población (seguramente luego tendría que rectificarse, pues la enfermedad sería más real de lo que él suponía).

En otro contexto, y más bien desde una postura antisistémica, antiliberal y también antimarxista, el pensador ruso —y figura cercana a Vladimir Putin—, Alexander Dugin, planteaba de manera inteligente que la emergencia significaría el fin de la sociedad abierta —evocando el conocido texto del pensador liberal Karl Popper— y del globalismo unipolar, siendo el futuro el de las sociedades cerradas en un mundo multipolar, es decir, un mundo de comunidades autárquicas.

Dentro de todo este variado conjunto de interpretaciones sobre los hechos que vivimos se pueden extraer algunas conclusiones preliminares en las que todos convergen. Estamos en un momento de cambio cuyas consecuencias parecen impredecibles. De acuerdo con la lógica schmittiana, esto es, en sentido estricto un hecho extraordinario,<sup>6</sup> un estado de excepción pero de dimensiones casi planetarias, lo cual de ninguna manera podría implicar la existencia de un Estado mundial, en la medida en que, como hemos venido observando, cada Estado ha estado tomando medidas de diferentes formas y con resultados también bastante dispares.

---

5 Cosa que es una gran exageración, pues tenemos el caso exitoso de una sociedad europea como la alemana que ha enfrentado con éxito la emergencia sanitaria.

6 El concepto «extraordinario» en el lenguaje schmittiano se refiere a algo fuera de lo ordinario, pero también fuera del orden (extra = fuera; ordinario = orden); pero ¿de qué orden se trata? Si nos enfocamos en el universo teológico, se trataría del orden natural, el de las leyes naturales que se verían quebradas en esa situación, lo cual sería equivalente, en este contexto, a la figura del milagro que, según el derecho natural, confirmaría la existencia de un orden divino. En el plano político, sin embargo, su aparición quebraría la legalidad pero no el orden jurídico que se mantendrá en tanto exista soberano (Schmitt, 2009, p. 37).



Lo primero que aconteció con la expansión de la pandemia fue el inmediato cierre de la circulación y el confinamiento, pero justamente una de las maneras de definir la globalización ha sido precisamente la de «circulación» o apertura; sin embargo, con la pandemia la circulación literalmente «mata». De hecho, los pueblos más aislados y menos cosmopolitas han sido los menos expuestos al virus, mientras las grandes ciudades multiculturales, como Nueva York, París, Madrid y Roma, o incluso Lima, han sido las más vulnerables a la epidemia.

Junto con el confinamiento y la restricción de movimiento, el fenómeno ha servido para restaurar sentimientos de identidad y pertenencia que se ha visto reflejada en las acciones de diversos Estados que optaron por asegurarse los suministros sanitarios a toda costa e incluso requisando lo que podían ante la escasez.<sup>7</sup>

Otras de las grandes verdades que ha producido esta pandemia ha sido la escasa o nula cooperación de las instituciones internacionales y los organismos no gubernamentales (precisamente los que sostendrían el sistema del globalismo legal) con los Estados más afectados. Se ha podido ver, por ejemplo, cómo la acción de la Unión Europea en los casos de Italia y de España<sup>8</sup> ha sido muy lamentable, pero no han sido estos los únicos casos.

Así mismo, otro aspecto que se podría destacar de esta situación corresponde al nuevo protagonismo del Estado, que ha visto reverdecer sus bríos cuando ya muchos lo daban por sepultado frente al nuevo orden mundial. La imperiosa necesidad de contar con sistemas sanitarios óptimos ha marcado la diferencia entre quienes están pudiendo controlar el problema y quienes no.

Curiosamente, un académico que años atrás había predicado el fin de los conflictos y la historia, el profesor e investigador nipón-estadounidense Francis Fukuyama, ha venido escribiendo hace algunos años —y cambiando ciertamente su discurso inicial— sobre la necesidad de fortalecer a los Estados, en una abierta crítica a las posturas políticas extremas como las del famoso Consenso de Washington, que, según afirma, fueron mal interpretadas, pues no buscaban debilitar a los Estados en todas sus competencias, como al final se hizo (Fukuyama, 2004, p. 20). Definitivamente, en esta coyuntura una salud pública fuerte sería la clave que decide entre la vida y la muerte.

En el plano económico de la globalización ha habido también otro golpe significativo, pues por el cierre de fronteras resultado de la pandemia la circulación de los bienes se restringe, quedando también claro que los Estados autárquicos que no dependen de nadie para subsistir se han encontrado en mejor pie que aquellos otros que dependen del comercio internacional para vivir. Ser capaz de producir en este momento mascarillas, respiradores o pruebas moleculares ofrece mayor chance de sobrevivir al Estado que los puede producir.

---

7 Hemos leído en los medios de comunicación distintos casos en los que los países utilizaban todos sus recursos —incluso de inteligencia— para hacerse de los utensilios sanitarios y medicinas necesarias, sin importar que esto pudiera perjudicar a «otros» distintos a «ellos». Afloraba sin duda la moral utilitarista y quedaba relegada la moral crítica.

8 Cfr. BBC; por ejemplo: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52173845>

Ahora, si se trata de evaluar el ámbito de los derechos en esta situación, desde el momento en que se trata de un estado de emergencia, estos quedan, como es sabido, relativizados; pero lo más importante es corroborar que en esta situación la justicia cede al bienestar, es decir, los derechos de las minorías quedan sometidos a los intereses de las mayorías, simplemente porque en un estado de necesidad las mayorías son las más vulnerables, pues no están en juego sus preferencias sino su existencia. Así, demandas de minorías, como matrimonios igualitarios, adopciones entre parejas del mismo sexo o trato de refugiados —que en todo caso hoy tendrían otra connotación—, quedarían en suspenso frente a la necesidad inmediata de un balón de oxígeno indispensable para vivir.

En este tiempo de pandemia, entonces, se refuerza el poder del Estado frente al constitucionalismo de los derechos, el de las mayorías sobre las minorías, el de la decisión y la acción sobre la regla o los principios, el del Ejecutivo sobre el Legislativo y el Judicial, porque los tribunales o las cortes no serían los más idóneos para actuar en este escenario, no solo porque sus acciones tienden a ser lentas, sino porque carecen de poder inmediato. Por ejemplo, no sería suficiente una orden de una Corte de proveer de un respirador a un paciente cuando en ese momento no exista ninguno disponible.

En el mundo de la pandemia cobra sentido la frase «el conocimiento es poder», pero habría que agregar que es el conocimiento científico el que tiene mayor poder, porque la ciencia, que no es democrática sino discriminadora, es la única capaz de hacer frente a la emergencia sanitaria. La ideología tiene que respetar la voz científica, porque cuando las acciones políticas han sido tomadas desde la ideología los resultados han sido lamentables.

El miedo es finalmente el protagonista de la pandemia, sobre todo entre aquellas poblaciones cuyos soberanos no han sido capaces de enfrentar adecuadamente el problema. Una población asustada puede ser también más susceptible a la manipulación, pues se halla muy expuesta y vulnerable. Esta es la otra dimensión del problema, cuando se controla con engaños pero nada se resuelve, y no se puede pensar siquiera en una república ni en ciudadanos. La ficción jurídica de las normas y las Constituciones no puede ocultar la realidad de muchas poblaciones cuyas grandes debilidades han sido desnudadas por la epidemia mundial.

¿Cuál puede ser entonces el nuevo *Nomos* de la Tierra, parafraseando a Schmitt? Para empezar, podemos decir qué cosa parece que no podrá ser más, y allí podríamos incluir el constitucionalismo global o legalismo global, la internacionalización del derecho constitucional, el gobierno de las Cortes; es decir, la globalización trasladada al espacio jurídico. El orden internacional —que genera cada vez más dudas— podría dar lugar a la existencia de grandes espacios cada vez más autárquicos, con controles más seguros de fronteras, pues si bien podría encontrarse pronto una vacuna, a partir de ahora todos debemos estar listos para nuevas formas de pandemia que podrían llegar con los años. Los sistemas de salud deben estar en capacidad de responder inmediatamente a cualquier emergencia y no tener que esperar ayuda de otros, porque la cooperación se debilita cuando está en juego tu supervivencia. Finalmente, los modelos republicanos se verían muy afectados por la crisis econó-



mica que ha causado el confinamiento. Sin capital económico el capital social se debilitará, con lo cual se hará muy difícil forjar ciudadanía y república.

Así como todo el mundo repite que las cosas no serán iguales a partir de este acontecimiento planetario, tendremos que decir también que en el derecho las cosas tampoco volverán a ser iguales.

## Referencias

Agamben, Giorgio (2005). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriano Hidalgo Editores.

Agamben, Giorgio (2020). La invención de una pandemia. <https://ficciondelarazon.org/2020/02/27/giorgio-agamben-la-invencion-de-una-epidemia/>

Aristóteles (1999). *Política*. Madrid: Gredos.

Capaldo, Griselda, Sieckmann, Jan, & Clérico, Laura (2012). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: EUDEBA.

Chul Han, Byong (2020). La emergencia viral y el mundo de mañana. <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>

De Benoist, Alain (2013). *Carl Schmitt today: terrorism, just war, and the state of emergency*. London: Arktos.

De Coulanges, Fustel (2010). *La ciudad antigua*. México: Porrúa.

D'Ors, Álvaro (1998). *La posesión del espacio*. Pamplona: Civitas.

Dugin, Alexander (2020). <https://www.youtube.com/watch?v=5p2c9fExkrI&t=692s>

Dworkin, Ronald (2000). *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Ferrajoli, Luigi (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi (2006). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Fukuyama, Francis (2005). *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones B.

Guastini, Riccardo (2005). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Kelsen, Hans (2003). *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta.

Posner, Eric A. (2009). *The perils of global legalism*. Chicago: Chicago University Press.

Pozzolo, Susanna (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra.

Reza Jorjani, Jason (2017). *World state of emergency*. London: Arktos.

- Schmitt, Carl (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, Carl (2002). *El Nomos de la Tierra*. Granada: Comares.
- Schmitt, Carl (2005). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, Carl (2009). *Teología política*. Madrid: Trotta.
- Schmitt, Carl (2013a). *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, Carl (2013b). *Teoría del partisano: acotación al concepto de lo político*. Madrid: Trotta.
- Schmitt, Carl, & Kelsen, Hans (2018). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Shklar, Judith (2018). *El liberalismo del miedo*. Barcelona: Herder.
- Vázquez, Rodolfo (2012). *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*. México: ITAM.
- Von Bogdandy, Armin (2012). Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. En Griselda Capaldo, Jan Sieckmann & Laura Clérico, *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Von Bogdandy, Armin, & Venzke, Ingo (2016). *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Žižek, Slavoj (2020). *Pandemia*. Barcelona: Anagrama.

# **Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza**

*Fernando del Mastro Puccio*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



*A Alice y Aníbal, a Cesare y Huguette, por la arena y el mar, por el palto  
y el pino.*

*At times I feel as if I am spread out over the landscape and inside things,  
and am myself living in every tree, in the splashing of the waves, in the  
clouds and the animals that come and go, in the procession of the sea-  
sons. There is nothing ... with which I am not linked.*  
(Jung, citado por Sabini, 2001, p. 146)

*Me hallaba pues frente a ese gran árbol envuelto en las pequeñas lianas  
que lo rodean, lo ciñen, se sirven del tronco para trepar hacia el dosel  
forestal y gozar del sol... Toqué al Sipo Matador que me tocó: estábamos  
hechos de la misma madera.*  
(Onfray, 2016, p. 141)

*Al fondo de la emoción que nos provoca el rugido de una catarata, hay  
algo más que merca asociación. Está relacionado con nuestras venas y  
su circulación.*  
(Thoreau, 2013, p. 93)

Este es un ensayo exploratorio que busca mostrar un camino posible para repensar nuestra concepción del derecho a la luz de los acontecimientos recientes. La idea central es que este puede, desde la razón, abrir las fronteras de su dimensión jurídica hacia los principios que rigen la naturaleza.

Comenzaré fuera del derecho, pero sin situarme en ninguna disciplina específica. Trataré de transitar entre saberes relativos a cosmovisiones, teorías y ciencias diversas, pero con un hilo conductor que espero no haga el camino demasiado abrupto: la idea de sistemas que requieren de balance y mecanismos de compensación para lograr equilibrio y, así, conservarse y crecer. En esa ruta, iniciaré mostrando otra ligadura entre dichas aproximaciones: la idea de unión entre ser humano, naturaleza y cosmos, que contrasta con la cosmovisión que separa y singulariza al humano respecto de su entorno y lo seduce con la idea de control y dominio.

## Autoexcluidos de la naturaleza

¿De quién nos encontramos separados actualmente?, ¿de quién se nos ha aislado? Probablemente, la respuesta que nos venga a la mente es: de nuestros familiares, de nuestros amigos, de nuestros compañeros de trabajo; en suma, de las personas que no viven en nuestras casas, entre nuestras paredes. Creo, sin embargo, que otra separación, menos advertida y más antigua, tiene lugar: aquella que se da entre nosotros y la naturaleza.

Esta separación es más profunda que aquella que experimentamos hoy, porque va más allá del contacto físico producto del aislamiento presente: tiene que ver con la concepción que tenemos de nosotros mismos como humanos, como seres que no son parte de la naturaleza, que no están regidos por sus leyes, que no están unidos a ella en sus ritmos, dinámicas y procesos. Nosotros somos una cosa, la naturaleza otra. Nos hemos definido en función de lo que nos distingue del entorno en que vivimos, lo que nos singulariza como humanos y no lo que nos une con el ambiente. Y, al hacerlo, hemos encontrado en nosotros atributos superiores y establecido una relación objetal de dominación.

Quizá ello responda al deseo del ser humano de ser como Dios. De acuerdo con el relato del Génesis, en el Edén dicho deseo llevó a comer del árbol de la ciencia y esto condujo a advertir nuestra materialidad y distinguirnos del resto de lo creado. Condujo entonces a la separación y al establecimiento de una relación de hostilidad y dominación con la naturaleza. Condujo también a perder un saber: al comer el fruto se abren los ojos y se deja atrás, como advierte el Zohar, un saber de ojos cerrados, de aquello que no es evidente a nivel de la percepción.

Similar historia parece narrar la *hybris* de la mitología griega. Prometeo robó el fuego de los dioses para dárselo a los humanos. Al hacerlo, desencadenó sucesos que concluyeron con el origen de todos los males. La *hybris* impulsa al humano a concebirse como un ser que puede crear y alterar el orden de la naturaleza y el cosmos según su deseo, sin límites ni consecuencias.

En ambos casos, la posesión parece diabólica. Como advierte May, la palabra diablo «[...] deriva de la palabra griega *diabolos*; y diabólico es el adjetivo correspondiente [...] significa literalmente separar, hacer pedazos» (2000, p. 127).

Para Carl G. Jung, figura central en el surgimiento de la psicología moderna (Shamdasani, 2018), esta separación es característica central del pensamiento occidental propio de la modernidad. Con este, el humano «ha perdido su participación emocional en eventos naturales, que antes tenían un significado simbólico» (citado por Sabini, 2008, p. 79). Por su parte, Onfray, figura importante de la filosofía contemporánea, indica que por mucho tiempo el humano enfrentó naturaleza a cultura, como si la primera fuera contraria al desarrollo y debiera ser reprimida y destruida, actuando entonces como «[...] poseedores diabólicos de la naturaleza» (2016, p. 155). Con ello se dio una «[...] separación del hombre como fragmento de la naturaleza [...] la cultura como escultura de la naturaleza deja paso a la cultura como negación de la naturaleza, como contranaturaleza y antinaturaleza radical» (2016, p. 63).

A su vez, Carl Sagan, uno de los más importantes astrónomos y astrofísicos de nuestro tiempo, advertía «[...] la dificultad que todos experimentamos de extender nuestros horizontes de identificación» (1978, p. 17) y, frente a esto, planteaba:

Si sobrevivimos en estos peligrosos tiempos, resulta evidente que incluso una identificación con toda la Humanidad no es la identificación deseable y fundamental. Si sentimos profundo respeto por otros seres humanos como iguales receptores de este precioso patrimonio de cinco mil millones de años de evolución, ¿por qué no ha de aplicarse tal identificación también a todos los demás organismos de la Tierra que son, asimismo, el producto del mismo número de años de evolución? (1978, p. 17)

## **Integrantes de la naturaleza**

Por supuesto, esta separación no siempre existió y aun hoy no se ha extendido a toda cosmovisión.

Para el budismo Zen, por ejemplo, «la naturaleza vive en nosotros y nosotros vivimos en la naturaleza», ya que «[...] su ser interior es completamente semejante al nuestro» (Susuki, 2014, p. 234). Para iluminarnos en esta concepción, es necesario «[...] acercarse a la naturaleza con el absoluto respeto que merece. Esto significa que no podemos tratar a la naturaleza como un objeto que debemos conquistar y poner inconsideradamente al servicio de nuestros intereses humanos» (2014, p. 234). Por el contrario, «lo que debemos hacer es destruir todas las barreras artificiales que ponemos entre la naturaleza y nosotros mismos, pues sólo cuando las apartamos podemos ver el corazón viviente de la naturaleza y vivir con ella» (2014, p. 241).

Carlos Martínez, en un estudio acerca de la cosmovisión indígena americana, dice:

Entre el indígena, la naturaleza y el cosmos hay algo más que una participación, algo más que una integración armónica. Cada parte de la naturaleza está dotada de vida y es posible entablar un diálogo entre ella y el ser humano. Es común escuchar decir a los chamanes que utilizan plantas sagradas para sus rituales que cuando una persona toma alguna de estas plantas, el espíritu de ella entra en esa persona y dialoga con ésta, produciéndose un encuentro vital entre dos seres vivos. (2012, pp. 42-43)

Eliade advertía, en ese sentido, que, en diversas religiones, mitologías y cosmovisiones animistas antiguas, operaba la ley de las correspondencias entre micro y macrocosmos. Según esta, «tanto el cosmos como la sociedad se rigen por las mismas potencias [...] que influyen en el humano» (1999, p. 40). Martínez lo nota específicamente en la cosmovisión indígena al decir que «la idea de comunión se expresa muy especialmente a través de la concordancia entre el microcosmos y el macrocosmos, como una nueva manifestación de la relación íntima entre el ser humano y el universo» (1999, p. 43). El tiempo, el espacio, el cuerpo y el alma, los vínculos, las actividades, el ánimo de las personas, todo plano de «lo humano» está ligado a la vida del entorno del que uno es parte. En el tantrismo hindú, por

ejemplo, «se daba una celebración del cuerpo, considerado como microcosmos del universo» (Shamdasani, 2015, p. 25). Y uno de los aspectos de la medicina griega, que ha sido legado a la medicina moderna, es el «el holismo hipocrático» (Escarpa, 2007, p. 203), que «[...] determina que las enfermedades dejen de ser entendidas como entidades aisladas, y que la mirada del médico hipocrático construya su objeto entendiendo al hombre víctima de la enfermedad como un microcosmos inmerso en toda la naturaleza que lo circunda, determinada a su vez por las leyes generales que le rigen» (2007, p. 213).

Un bello y transversal ejemplo lo tenemos en el lugar que ocupa la Luna, como origen mismo de la noción de tiempo y duración. Con su crecimiento y decrecimiento, con su desaparecer y reaparecer, «[...] el tiempo se medía contando las fases de la Luna y, además, se tomaba como medida, en el sentido de determinar la forma de conducta apropiada para cada momento, o lo que es lo mismo, en cada fase de la Luna» (Cashford, p. 61).

## Un principio natural

Lao Tsé, en el poema 29 del *Tao Teh King*, nos permite entrar a uno de los principios que nos liga a la naturaleza:

[...] De hecho, todas las cosas tienen un tiempo para ir adelante,  
y otro para ir detrás.  
Un tiempo para respirar pausadamente y otro  
para hacerlo agitadamente.  
Un tiempo para ganar fuerza y otro para decaer.  
Un tiempo para estar arriba y otro para estar abajo.  
Por eso, el Sabio evita todos los extremos, los excesos y las  
extravagancias. (Poema 29, p. 67)

Para el taoísmo, todo lo existente se rige por la alternancia armoniosa entre dos potencias, el yin y el yang. Dice Munenori: «[...] el movimiento es Yang y la quietud es Yin» (2012, p. 63), y Mircea Eliade nos cuenta:

[...] el término yin evoca la idea de tiempo frío y cubierto; se aplica a lo interior. Por el contrario, el término yang sugiere la idea del tiempo soleado y del calor. Dicho de otro modo: yang y yin indican ciertos aspectos concretos y antitéticos del tiempo. En un manual de adivinación se habla de un tiempo de luz y de un tiempo de oscuridad, como anticipando la máxima de Tchuang tzu: ‘un tiempo de plenitud, un tiempo de decrepitud [...] un tiempo de afinamiento, un tiempo de apaciguamiento [...] un tiempo de vida, un tiempo de muerte’. El mundo, por consiguiente, representa ‘una totalidad de orden cíclico (tao) constituida por la conjugación de dos manifestaciones alternantes y complementarias’. (1999, p. 34)

Carl G. Jung sostiene una concepción de la psique y su funcionamiento que podemos ligar a la lógica taoísta:



En tanto que sistema autorregulador, el alma está equilibrada, igual que la vida del cuerpo. Para todos los procesos excesivos se producen en seguida y forzosamente compensaciones, sin las cuales no habría ni un metabolismo normal ni una psique normal. En ese sentido, se puede ver en la compensación una regla fundamental del comportamiento psíquico. El defecto aquí causa un exceso allí. También la relación entre lo consciente e inconsciente es compensatoria. Esto es una de las reglas artesanales mejor confirmadas de la interpretación de los sueños. En la interpretación práctica de los sueños siempre vale la pena preguntar: ¿qué actitud consciente es compensada por el sueño? (2006, p. 151)

El sueño para Jung es un mecanismo de compensación: a través de su lenguaje simbólico comunica en imágenes un desbalance en nuestro mundo anímico, un estado de la consciencia muy unilateral, muy inclinado hacia un opuesto. Un general en retiro sueña que en la formación con el comandante le preguntan ¿qué es la belleza? Un empresario que surgió de un contexto de pobreza y emprendió un camino empinado hacia el éxito sueña, ante una nueva oportunidad de ascender, que escala una montaña y se queda sin oxígeno (2006, p. 149). Lo inconsciente expresa así el ingrediente faltante, aquello a lo que no se le está dando lugar, que genera un desbalance en la vida y anuncia el riesgo de la enantiodromía, esto es, de pasar abruptamente de un extremo al otro. Para evitarlo, el ser humano debe tomar consciencia del desbalance y compensar la propia vida en búsqueda de equilibrio.

Hemos visto que Jung extiende este principio a «la vida del cuerpo». Esto parece ampliamente justificado. Las compensaciones que sirven para traer balance pasan a verse, con la óptica de las ciencias naturales, también operando en la materia. Nos enfocamos, entonces, en el cuerpo, en su fisiología, en su funcionamiento y su química. En su libro *Viaje al centro del cerebro*, Jean-Didier dice:

Equiparable a un regulador de temperatura ambiente como los que hallamos en los pisos burgueses, encontramos un termostato colocado en el hipotálamo [...] Para que funcione el sistema, es necesario que esté informado de las variaciones de la temperatura del cuerpo, mediante detectores térmicos situados en el hipotálamo o sobre la piel y las vísceras. Tras reunir y analizar todas las informaciones, la central termorreguladora desencadena las reacciones adecuadas del cuerpo, destinadas a producir o a eliminar calor. (2009, p. 41)

En el origen de la vida, en el camino a dar a luz, las hormonas de la madre encarnan el mismo principio. Gaskin dice:

Para desencadenar todas las funciones del parto y el alumbramiento [...] es necesaria una combinación perfectamente equilibrada de hormonas. La sutil y compleja interacción de los niveles cambiantes de hormonas durante el proceso natal es uno de los aspectos más fascinantes y menos comprendidos del embarazo y el parto en el mundo moderno. Las prostaglandinas, la oxitocina, la adrenalina y las endorfinas son algunas de las combinaciones químicas naturales más importantes que se producen en el cuerpo femenino [...] Contribuyen de forma crucial a regular y espaciar las contracciones uterinas durante el proceso. Estimulan las

respuestas de la madre y el niño (las emociones y acciones) que son fundamentales para la supervivencia del recién nacido. (2003, p. 188)

No debe llamar la atención entonces que en un trabajo acerca del legado de la medicina griega a la moderna se diga que «[...] el buen médico es el que conoce la physis del ser humano [...] sabe que dicha physis no es una realidad simple, sino compuesta (de múltiples cualidades opuestas entre sí), y conoce en qué proporción deben encontrarse [...] para que su equilibrio y armonía se expresen adoptando la forma de un cuerpo sano» (Escarpa, 2007, p. 202).

La filosofía teje de ahí construcciones teóricas de mucha importancia. Se sostiene, en efecto, que la mirada hipocrática influyó en las concepciones éticas de Platón y Aristóteles. Se dice, por ejemplo, que «[...] es posible que incluso el concepto platónico de areté [...] proceda precisamente de la forma de entender la naturaleza propia de los médicos griegos, pues lo bueno, lo bello y lo verdadero dependen, por encima de todo, de ese concepto de mezcla, de equilibrio y de simetría [...]» (Escarpa, 2007, pp. 219-220).

El *ethos* socrático es también un ejemplo de armonía de uno consigo mismo. «Es mejor que mi lira esté desafinada y desentone de mí [...] que yo, que no soy más que uno, esté en desacuerdo conmigo mismo y me contradiga» (citado por Arendt, 2010, p. 203), dice Sócrates en el *Gorgias*. Hanna Arendt dedica unas páginas de su libro *La vida del espíritu* a reflexionar acerca de dicha frase. Dice que esta le resulta paradójica porque «[...] nada que sea idéntico consigo mismo, real y absolutamente Uno, como A es A, puede estar o dejar de estar en armonía consigo mismo; siempre se necesitan al menos dos tonos para producir un sonido armónico» (2010, p. 205). El ser humano en tanto que puede dialogar consigo mismo puede considerarse como «dos en uno». Por tanto, puede o no estar en armonía consigo mismo. Esta armonía se da también entre el plano del pensar y del hacer, siendo el principio que sostiene la construcción de una filosofía viva.

Desde otras raíces, encontramos una enseñanza similar en el Sufismo: «[...] mientras no exista armonía entre el interior y el exterior, no podrán existir la unidad y la integridad de la personalidad del individuo [...] Aquellos que no originan en ellos mismos la unidad entre su interior y exterior mediante la fuerza de la sinceridad, no disfrutan de un equilibrio psicológico» (Nurbakhsh, 2009, p. 44).

Encontramos el mismo principio operando cuando vemos al humano en movimiento, en su encuentro físico con el otro. Las artes marciales son un ejemplo. Saotome dice, en torno al Aikido: «Para que un movimiento sea dinámico y potente es indispensable el equilibrio físico. Este estudio del movimiento sirve también para adquirir equilibrio mental. La rigidez o la falta de armonía impide la ejecución o dinámica de movimiento» (2009, p. 168). Desde la perspectiva del Kung Fu, Bruce Lee advierte el mismo principio, pero en el contacto con la fuerza del otro. Al hablar del «equilibrio natural inherente a todas las cosas», dijo: «[...] la suavidad y la firmeza [...] son dos fuerzas interdependientes y complementarias en el arte chino del gung fu, y el objetivo es la consecución y el mantenimiento de un equilibrio perfecto entre estas dos fuerzas. Suavidad/firmeza es una fuerza inseparable de una interrelación incesante de movimiento» (2010, pp. 34-35).

Dice Lee que esto se da como al montar bicicleta: para avanzar debemos soltar un pedal y presionar el otro, en un movimiento armonioso de suavidad y firmeza.

La física estudia también el movimiento entre oponentes dentro de los sistemas. Briggs & Peat, en su libro *Espejo y reflejo: del caos al orden*, hablan del espacio de fases, como el mapa que usan los científicos «[...] destinado a enfocar la dinámica, es decir, los modos en que se mueve y transforma el sistema» (2001, p. 32). Al estudiar los sistemas de depredador-presa, como el de lucios y truchas en un lago, se advierte que cuando la población de truchas aumenta, los lucios «prosperan y se reproducen» (2001, p. 37) y su población aumenta, lo que deriva en una disminución de la población de truchas y en la consecuente muerte de parte de la población de lucios. «Así, una oscilación entre la cantidad de lucios y la cantidad de truchas, entre depredadores y presas, establece un ciclo, de tal modo que cada tantos años la cantidad de lucios decae y la población de truchas alcanza un pico» (2001, p. 38).

Dentro de los ecosistemas, ingresando al mundo vegetal desde aproximaciones diversas, incluyendo la inteligencia vegetal y la neurobiología vegetal, Onfray advierte que «[...] una planta reacciona a la señal de sequía dada por un suelo y previene a sus semejantes de la necesidad de economizar los recursos hídricos» (2016, p. 134). En similar línea, cuando una planta advierte el incremento de la población de mamíferos depredadores (gacelas e impalas), «[...] la inteligencia vegetal toma pues la forma de una producción de etileno que permite la comunicación química entre los demás árboles a través de corrientes de aire y de viento» (2016, p. 132). Podemos retar, entonces, la lectura humana de la evolución, que nos pone en el pináculo de ella, y pensar que «[...] las plantas de las que procedemos conservan más de lo que creemos, mientras que los seres humanos hemos perdido más de lo que suponemos» (2016, p. 134).

Frente a la separación de la naturaleza, Onfray propone una cultura ligada a la naturaleza:

un arte de cultivar el jardín interior y de construir una relación sana con uno mismo, con los demás y con el mundo en una perspectiva armoniosa y no contradictoria con la naturaleza. En este linaje filosófico no se celebra, como filosofía dominante, la pulsión de muerte, que es política de la tierra quemada, sino la pulsión de vida, que supone el gusto de lo vivo en todas sus formas y el aborrecimiento de todo aquello que, de lejos o de cerca, parezca una prenda dada a la sangre, la violencia, la destrucción. (2016, p. 64)

## Un principio transversal

¿Seguimos en pie en estas reflexiones o hemos caído ya en alguna de las múltiples fisuras de nuestro camino? ¿Qué nos autoriza a dar pasos entre religiones y neurociencias, entre filosofía y física o entre psicoanálisis y artes marciales?

Es claro que existen diferencias casi infranqueables en las disciplinas mencionadas. Las diversas aproximaciones tienen muy claramente un diferente lenguaje y diferente objeto de estudio (Kagan, 2009). Las diferencias, por lo demás, no han sido pacíficas: en muchos casos se han dado luchas marcadas por el deseo de reco-

nocimiento y de poseer la verdad, que han estado teñidas de sangre, denigración y dominio.

¿Qué nos autoriza entonces? Quizá una operación que Deleuze construye a partir de los trabajos de Foucault acerca de la microfísica del poder. Deleuze indica que el poder es una relación de fuerzas y, más precisamente, el modo en que estas se afectan unas a otras (2017, pp. 99-126). En ese sentido, aunque el saber propio de la educación es abiertamente distinto al de la política criminal y la escuela diferente a la prisión, la relación de fuerzas que se encarna en ellos puede ser la misma.

Yo no estoy examinando relaciones de poder que se encarnan y actualizan en las aproximaciones que hemos visto. Sin embargo, al seguir la operación de abstraer de ellas un diagrama, un modo de funcionar, un esquema con el que se opera, pareciera que sigo en buena medida los pasos de Deleuze.

Si nos aventuramos en una operación así, ¿qué notamos preliminarmente? Sistemas que captan información a diversos niveles, que saben de sí mismos, que advierten desbalances y generan compensaciones. Se trata de sistemas que dependen de ello para conservarse y crecer. Cuando falla el «advertir y compensar», los sistemas sufren y colapsan.

¿Se encarna un principio así en el derecho?

## **Porosidades en la dimensión jurídica del derecho**

La justicia nace del campo de la vida, de la experiencia del ser humano inserto en el cosmos y la naturaleza; nace como potencia divina, como un poder que se conoce porque se manifiesta operando en el entorno y en uno mismo. En su origen, no es un concepto que surge en respuesta a preguntas formuladas desde el intelecto, sino una realidad que fluye de la conexión con el entorno. La justicia, así concebida, es la fuerza que resguarda el equilibrio y armonía del orden cósmico y natural. Así mismo, liga mediante la rectitud el orden de arriba con el de abajo. Dan cuenta de ello Themis y la Maat, diosas de la mitología griega y egipcia (Del Mastro, 2018).

Cuando Kelsen como jurista se preguntó qué es la justicia, no vio el día y la noche, ni el calor y el frío, ni el adentro y el afuera. Lejos ya de la cosmovisión que integra y genera comunión con la naturaleza, con su pregunta fue en búsqueda de conceptos con la necesidad de encontrar una definición cierta y verificable. Y le fue «[...] imposible responder científicamente a la pregunta de en qué consiste la justicia» (2011, p. 49), ya que esta «trasciende toda experiencia» (2011, p. 49). Lejos de la comunión con la naturaleza y sus ciclos, sin siquiera verse en la necesidad de explorar un pasado que concebía como ya superado por la evolución, Kelsen cerró las puertas de la dimensión jurídica del derecho.

En similar línea, cuando Kelsen pensó en lo natural pensó en «[...] un comportamiento humano, un acto perceptible sensorialmente que se produce en el tiempo y el espacio» (2011, p. 42). La ciencia jurídica, que él consideraba como propia del espíritu y distinta de la naturaleza, tiene como rol el dar significado a dichos hechos externos. Son estos últimos, «el trozo de naturaleza» que el derecho significa. En Kelsen, entonces, lo natural viene veladamente determinado y abruptamente delimitado a un pequeño trozo de naturaleza: la conducta humana.

En la lucha por el prestigio de ser ciencia y al mismo tiempo dando la batalla por ser diferente, ante la necesidad de cerrar fronteras para evitar los grises, la figura central del positivismo jurídico dejó fuera de su dimensión jurídica a la naturaleza.

Sin embargo, nuevos paradigmas (Sotomayor, 2020), como aquel pospositivista o neoconstitucionalista, han generado porosidades en las fronteras de la dimensión jurídica del derecho. En efecto, han permitido, al menos a nivel teórico, el paso de un derecho como modelo de reglas a «considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos [...] que [...] dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas [...] como resultados de un balance, ponderación o compromisos entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan» (Aguiló, 2007, p. 669-670). A su vez, al ser los principios normas abiertas exigen para su aplicación no una subsunción mecánica, sino una práctica valorativa y justificativa (2007, p. 671) que permite el ingreso de la moral en la dimensión jurídica del derecho.

La apertura a la moral y la necesidad de ponderar se suman a ideas previas que aún se mantienen, como la de equilibrio de poderes y de pesos y contrapesos, para hacernos pensar que quizá en el derecho se encarna también el principio de balance y compensación.

## Principio ausente

¿Pareciera el sistema jurídico uno que tiende al balance? ¿Identifica sus desequilibrios y genera mecanismos de compensación? Tres situaciones en esta coyuntura parecieran apuntar a respuestas negativas:

La regulación del sistema económico, por ejemplo, no conoce de balance ni de compensación: se orienta a crecer y acelerar. La regulación laboral y económica copa día y noche, verano e invierno; entroniza al yang, ve en la quietud fracaso y en la pausa pérdida. La defensa de la naturaleza frente a esta pretensión de crecimiento perpetuo es eso: una defensa. La dinámica que alberga el sistema jurídico, que marca los vínculos, parece en este extremo de lucha y no de balance. Y en esa lucha, que tiene en el campo de la regulación económica, triunfa quien arrebató el poder de expresión a la quietud y a la pausa.

La situación que vemos en los penales y el trato a quienes cometen delitos nos muestra otro claro desequilibrio que en nuestra historia no ha generado mayores mecanismos de compensación. Opera el extremo de deshumanización, dureza y violencia. Sabemos que en virtud de la Constitución tienen derechos, que hay principios y reglas que deben operar, pero la realidad ha sido otra.

Esto último nos lleva a otra situación de desbalance y falta de armonía en el derecho: aquella entre lo escrito y lo vivido, entre el decir y el hacer. El *ethos* del sistema jurídico pareciera lejos del equilibrio. En nuestro país, por decreto se dictan las reglas de «una nueva convivencia» mientras en los hechos las aglomeraciones y el tránsito muestran algunas caras de la realidad de la convivencia. En similar línea, no podemos olvidar la cantidad de casos de corrupción a todo nivel y en todo ámbito, en los que los abogados son siempre actores centrales. Una profesión que tiene como misión estar ligada a la justicia, en la realidad se muestra como vehículo de perversión.

## De regreso al principio

Podemos entender que un principio permea todo el sistema porque hace parte de su modo de ser y funcionar. Con Jung (2001, p. 425), podemos notar además que la palabra «principio» está etimológicamente vinculada al origen, al inicio, a lo que está antes y que genera el todo. Como ocurre en la física (Feynman, 2017, p. 67), se trata de algo inmanente al sistema.

Un principio no sería, entonces, un punto alto en una jerarquía vertical, que puede hacerse valer esporádicamente en algún ámbito, sino un tejido originario que despliega conexiones en todos los componentes del sistema. En el caso del principio de balance y compensación, ese tejido tendría como función advertir desbalances y generar compensaciones en todo ámbito del derecho.

Podríamos también concebir al principio como un tejido que, con base en la dimensión jurídica, se integra en las diversas dimensiones del derecho —como la económica, histórica, social o anímica— para captar información que luego circule de regreso. La dimensión jurídica ganaría así conciencia de los desbalances que se mantienen por causas no necesaria o exclusivamente jurídicas. El sistema jurídico no puede lograr balance desde sí mismo, porque el desbalance no surge por lo general en la dimensión jurídica del derecho, sino que se encarna en ella.

## Riesgo y exposición

Siento el riesgo del camino andado en este trabajo, por las múltiples fisuras que he dejado en cada paso. No olvidemos, sin embargo, que advertí que sería un ensayo exploratorio. Así mismo, parece justo preguntar: ¿quién podría culparme por intentar, en la época que vivimos, repensar el derecho a la luz de la naturaleza?

Este riesgoso intento es también una exposición: a las críticas, a las dudas, a los saberes de quienes se interesen por compartir la tarea de repensar el derecho en tiempos que parecen exigirnoslo.

## Referencias

- Águila, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas en pocas palabras. *Doxa*, 30: 665-675.
- Arendt, H. (2010). *La vida del espíritu*. Buenos Aires: Paidós.
- Briggs, J., & Peat, F. D. (2001). *Espejo y reflejo: del caos al orden*. Barcelona: Gedisa.
- Castoriadis, C. (2018). Pasión y conocimiento. En *Hecho y por hacer*. Madrid: Enclave.
- Del Mastro, F. (2018). La ausencia de la justicia como fuerza anímica en la enseñanza del Derecho. *Revista Derecho PUCP*, N.º 81, p. 463-509.
- Eliade, M. (2012). *Historia de las creencias y las ideas religiosas I*. Barcelona: Paidós Orientalia.

- Deleuze, G. (2017). *El poder: curso sobre Foucault*. Buenos Aires: Cactus.
- Escarpa, D. (2007). La salud y la enfermedad en el templo de Asclepio. En *Átomos, almas y estrellas: estudios sobre la ciencia griega*. México D. F.: Plaza y Valdez.
- Feynman, R. (2000). *El carácter de la ley física*. Barcelona: Tusquets.
- Gaskin, I. (2016). *Guía del nacimiento*. Madrid: Swing.
- Jung, C. G. (2006). La aplicabilidad práctica del análisis de los sueños. En C. G. Jung, *Obras completas*, vol. 16. Madrid: Trotta.
- Kagan, J. (2009). *The three cultures*. Nueva York: Cambridge Press.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.
- Lao, T. (2009). *Tao Teh King*. Barcelona: Sirio.
- Lee, B. (2010). *El Tao del Gung Fu*. Barcelona: Paidotribo.
- Martínez, C. (2012). El círculo de la conciencia: una introducción a la cosmovisión indígena americana. En C. Martínez & Ana María Llamazares (Eds.), *El lenguaje de los dioses*. Buenos Aires: Biblos.
- May, R. (2000). *Amor y voluntad*. Barcelona: Gedisa.
- Munenori, Y. (2012). *La espada que da vida*. Buenos Aires: Claridad.
- Nurbakhsh, J. (2009). *En el camino Sufi*. Madrid: Nur.
- Onfray, M. (2016). *Cosmos: una ontología materialista*. Bogotá: Paidós.
- Sabini, M. (2001). *C. G. Jung o nature, technology & modern life*. California: North Atlantic Books.
- Sagan, C. (1978). *La conexión cósmica*. Barcelona: Orbis.
- Saotome, M., (2009). *Aikido o la armonía de la naturaleza*. Barcelona: Kairos.
- Shamdasani, S. (2015). El viaje a Oriente de Jung. En C. G. Jung, *La psicología del Yoga Kundalini*. Madrid: Trotta.
- Shamdasani, S. (2018). *Jung y la creación de la psicología moderna*. Atalanta: Girona.
- Sotomayor, E. (2020). Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. En proceso de publicación en *Pensamiento Constitucional*.
- Susuki, D. T. (2014). *El zen y la cultura japonesa*. Barcelona: Paidós.
- Thoreau, H. (2013). *El diario*. Madrid: Swing.
- Vincent, J. D. (2009). *Viaje extraordinario al centro del cerebro*. Barcelona: Anagrama.





**Hacer elecciones y tomar decisiones  
en tiempos de pandemia:  
un análisis desde la teoría de la justicia**

*José Enrique Sotomayor Trelles*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## 1. Introducción y planteamiento del problema<sup>1</sup>

Comenzar con algunas observaciones generales relacionadas con lo que llamaré «contexto de la toma de decisiones en la crisis sanitaria» es conveniente si se quiere avanzar sobre terreno seguro en discusiones complejas, como aquellas vinculadas con la particular situación por la que viene atravesando el mundo desde que la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2 (coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave) agravó sus efectos hacia la primera quincena de marzo de 2020. En tal escenario, presentar estas observaciones en una forma que apunte a la sistematicidad es una estrategia para allanar el panorama en nuestra presente discusión. Por tal razón, comenzaré con cuatro observaciones básicas y generales.

La primera observación es que, aunque nos parezca que la crisis era poco predecible debido al estado de incertidumbre que se vive actualmente, la comunidad de expertos venía advirtiendo sobre los graves efectos que una pandemia podría generar en los sistemas de salud alrededor del mundo. Aunque el principal candidato para tal brote era el virus de la influenza, no era descabellado pensar que alguna nueva variedad de coronavirus pudiera ser responsable de una crisis sanitaria. En ese sentido, un informe de setiembre de 2019, elaborado por la Junta de Vigilancia Mundial de la Preparación (GPMB, por sus siglas en inglés), por encargo del Banco Mundial y la Organización Mundial de la Salud, era contundente en advertir sobre el peligro de padecer pandemias y epidemias de expansión regional o mundial. Entre los hallazgos del informe —que adquirió una importancia retrospectiva en la opinión pública— se daba cuenta de la mayor frecuencia de brotes de enfermedades infecciosas en el período 2011-2018. En un lenguaje que hoy nos puede parecer profético, la Junta advertía que «[...] enfermedades potencialmente epidémicas como la gripe, el síndrome respiratorio agudo severo (SARS), el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS), el ébola, el zika, la peste o la fiebre amarilla, entre otras, presagian una nueva era marcada por una mayor frecuencia en la aparición de brotes de consecuencias nefastas y propagación potencialmente rápida, cada vez más difíciles de gestionar» (GPMB, 2019, p. 12). Por tal motivo, podemos afirmar que una

---

<sup>1</sup> Agradezco a Noemí Ancí, Betzabé Marciani, César Higa, Renzo Cavani y Gino Rivas por su lectura, comentarios, críticas y sugerencias bibliográficas para enriquecer el contenido de este artículo. Desde luego, asumo la responsabilidad por los errores y omisiones que permanezcan en él.

cuota importante de responsabilidad recala sobre gobernantes e instancias estatales alrededor del mundo, por una marcada incapacidad de responder ante una amenaza que —incluso antes de su acaecencia— se mostraba como un horizonte probable.

La segunda observación para el lector del «día después de» es que el sistema de salud peruano se encontraba (y se encuentra) en un estado de profunda crisis y abandono. Por tomar solamente un indicador: el gasto en salud como porcentaje del PBI era de 1,3 % en el año 2000, y llegó a 2,3 % en 2015, descontando los gastos de la seguridad social (CIES, 2017, p. 10). En una carta al editor para la *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* de 2011, Maguiña y Galán-Rodas apuntaban con preocupación que el Estado peruano invertía menos del 2 % del PBI en salud, lo que lo ponía en una de las situaciones más precarias de la región. Si bien esta situación mejoró en el período posterior, con progresivos incrementos presupuestales, el gasto del gobierno en salud como porcentaje del PBI llegaba apenas al 3,3 % en 2016, comparado con el 5 % de Chile y el 10,1 % del promedio de la OCDE.<sup>2</sup>

Una tercera observación, intrínsecamente relacionada con la anterior, es que en un contexto de creciente riesgo biológico y con un sistema de salud que no invertía lo suficiente para afrontar una crisis ocasionada por un brote viral, la disponibilidad de personal y equipo médico para enfrentar un escenario de estas características era marcadamente deficiente. De acuerdo con datos del Banco Mundial,<sup>3</sup> el Perú contaba para el 2016 con 1,4 médicos por cada 1000 personas, debajo de países como Bolivia (1,6 en 2016), Brasil (2,1 en 2018), Colombia (2,1 en 2018) y Argentina (4 en 2017). Así mismo, al inicio del brote de SARS-CoV-2, el país tenía menos de 200 Unidades de Cuidados Intensivos (UCI). Este número ha sido incrementado significativamente desde el inicio del brote de SARS-CoV-2, pero aún así, si tomamos como referencia la fecha en que el país contaba con 773 camas UCI —esto es, el 27 de abril (MINSA, 2020)—, ello significaba que existían 2,3 camas por cada 100 000 habitantes, lejos de las 6,3 de Chile, 6,7 de Ecuador, 11,1 de Colombia y 18,7 de Argentina (Salud con Lupa, 27 de abril de 2020).

Finalmente, la cuarta observación se refiere a la informalidad del mercado laboral peruano. De acuerdo con cifras proporcionadas por el Centro de Investigación de Economía y Negocios Globales de la Asociación de Exportadores (Adex), la informalidad laboral en el Perú para el 2019 se encontraba alrededor del 72 %, lo que supondría que entre el 2016 y el 2019 se ha producido un estancamiento en su reducción (*Gestión*, 19 de enero de 2020). Nuevamente, al 2019, aproximadamente 12 de los 17 millones de personas que forman parte de la PEA (población económicamente activa) ocupada se encontraban en el sector informal, con sectores como el agropecuario, pesca, transportes, construcción y comercio con porcentajes por encima del promedio. Para los trabajadores de este sector, las consecuencias de no

---

2 Información actualizada sobre el gasto destinado al sector salud en el período 2007-2018 se puede encontrar en el portal del Instituto Nacional de Estadística e Informática: <http://m.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/health-spending/>

3 La información se encuentra disponible en el Atlas mundial de la fuerza laboral sanitaria. Disponible en [https://datos.bancomundial.org/indicador/SH.MED.PHYS.ZS?name\\_desc=false&view=map](https://datos.bancomundial.org/indicador/SH.MED.PHYS.ZS?name_desc=false&view=map)

encontrarse en el mercado laboral formal consisten en la ausencia de beneficios sociales tales como CTS, vacaciones o acceso a seguros de salud (*vid.* Galicia, 2017, pp. 19 y ss.).

Es en este escenario complejo y poco alentador en el que se insertan las decisiones gubernamentales para enfrentar una pandemia. Este artículo no pretende responder por las causas de cada una de las observaciones generales arriba apuntadas. Ello escapa largamente de mi especialidad y conocimiento. En su lugar, tomando como referencia estas y otras circunstancias, pretendo pensar las decisiones iniciales en el contexto de la crisis desde el punto de vista de la teoría de la justicia. Para ello tomo como referencia básica la teoría de la justicia de John Rawls, aunque de ninguna manera pretendo hacer una reconstrucción precisa o una exégesis de su obra para responder a una pregunta del tipo «¿qué hubiese dicho Rawls sobre la justicia de las decisiones en el marco de la crisis sanitaria?». Frente a tal enfoque —que considero estéril—, planteo usar libremente, y adaptar, si es necesario, algunas ideas de Rawls y otros autores afines a su teoría, para pensar la toma de decisiones desde un punto de vista que aspira a la imparcialidad.

Entiendo la aspiración a la imparcialidad como una en la que (1) se da la misma o simétrica importancia y valía a los intereses y pretensiones de cada parte<sup>4</sup> —dimensión igualitaria—, a la vez que (a diferencia del utilitarismo), (2) se respeta el principio de independencia y separabilidad de las personas, por el cual «[...] cada individuo debe ser respetado como un ser autónomo, distinto de, y tan digno como, los demás» (Gargarella, 1999, p. 26, donde se ofrece una síntesis de las críticas al utilitarismo). Estas condiciones hacen más probable arribar a un acuerdo sobre cuestiones de importancia pública (ya sea sobre la estructura básica de la sociedad, como en Rawls, o sobre qué curso de acción tomar en una crisis sanitaria, como trataré de argumentar) (*vid.* Gargarella, 1999, pp. 31 y ss.).

En concreto, entonces, deseo plantear la pregunta sobre qué decisión adoptar en un contexto de crisis sanitaria, tomando en cuenta las circunstancias de la toma de decisiones que he descrito al inicio de esta sección, pero a la vez respetando los límites impuestos por una aproximación imparcial. En ese sentido, este trabajo posee un carácter eminentemente filosófico y normativo, y su mayor aspiración consiste en brindar luces para el proceso fáctico de toma de decisiones.

Por ello, antes de pasar al análisis propuesto, requiero contraargumentar una posición que asumo será común entre lectores escépticos: aquella sostiene que no tiene demasiado sentido preguntarnos por el acuerdo al que habrían llegado individuos en una situación enteramente hipotética, y, en consecuencia, por las acciones que se habrían tomado desde el gobierno para afrontar una crisis desde un punto de vista imparcial. Si tal escenario no existe en las condiciones reales de toma de

---

<sup>4</sup> Rawls agrega requerimientos más demandantes a las personas que participan en un acuerdo sobre la justicia. En concreto, sostiene que estas deben exhibir dos facultades morales: (i) posesión de un sentido de justicia, esto es, «[...] la capacidad de entender, aplicar y obrar según [...] los principios de la justicia política que definen los términos equitativos de la cooperación social», y (ii) capacidad de poseer una concepción del bien, esto es, «[...] de fines y objetivos últimos que define la concepción que tiene la persona de lo que tiene valor en la vida humana o, dicho de otro modo, de lo que se considera una vida plenamente valiosa» (Rawls, 2002, p. 43).

decisiones, ¿qué sentido podría tener la estrategia especulativa aquí adoptada? Mi respuesta a tal crítica es que el análisis de la toma de decisiones desde el punto de vista de la justicia ofrece luces sobre la dimensión moral del asunto: hay decisiones que, con independencia de que sean o no tomadas en la práctica, resultan mejor justificadas desde el punto de vista moral que otras. Y estarán mejor justificadas cuando «[...] consideren imparcialmente las preferencias e intereses de cada uno» (Gargarella, 1999, p. 34).

Finalmente, luego de desarrollar los lineamientos de mi análisis, y recalando en la teoría de los derechos fundamentales desarrollada por Luigi Ferrajoli —nuevamente, con un espíritu antiexegético— y, en especial, en su distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, propongo una estrategia que permita escapar del dilema decisorio entre salud y economía que han venido planteando diversos autores como Krugman (15 de mayo de 2020). No obstante, esto último deberá esperar hasta la última sección del trabajo para un adecuado desarrollo.

## 2. La propuesta básica

La propuesta básica de este estudio consiste en tomar las nociones de «posición original» y «velo de la ignorancia» desarrolladas por el filósofo político John Rawls (1971[2010]; 1993[2019]; 2001[2002]) para pensar el proceso de toma de decisiones durante una crisis sanitaria. Para ello, requiero comenzar con un estudio puramente abstracto, empleado solamente para delinear los aspectos fundamentales de mi propuesta. En tal medida, la reconstrucción que sigue es enteramente ficticia, y, aunque pueda tomar elementos de la realidad, está diseñada para delinear los aspectos teóricos del problema.

Comencemos, entonces. Imaginemos que una pandemia global de una nueva variedad del coronavirus ha aparecido recientemente. Se desconoce su origen, pero tal cepa viral se ha extendido rápidamente alrededor del planeta. Existe incertidumbre sobre el porcentaje de letalidad del virus, aunque se calcula que este se encuentra entre el 2 % y 3 %, con una variabilidad dependiente de factores particulares de cada país afectado. Además, se sabe que el virus ataca con especial fuerza a personas mayores de 65 años y que cuentan con condiciones médicas determinables (para simplificar el ejemplo, llamemos a estas condiciones A, B, C y D). Finalmente, el número reproductivo básico de este virus ficticio —al menos, al momento en que se presenta el proceso de toma de decisiones— es mayor a 4, por lo que cada persona infectada contagia a un número promedio de 4 personas. Debido a la rápida evolución de la crisis, este número tiene una importante variabilidad que depende de las circunstancias del escenario en que se produce el contagio (lo que involucra desde circunstancias ambientales hasta factores sociales, demográficos, entre otros).

De otro lado, en un escenario de riesgo para un importante sector de la población de un territorio —como hemos descrito en el párrafo precedente— se presenta, para el gobierno, la posibilidad de recurrir a medidas como el aislamiento social obligatorio, medidas de mitigación que no impliquen aislamiento social obligatorio (tales como horarios diferenciados para asistir a los trabajos, límites en el número

de personas en aglomeración, etcétera), o simplemente dejar que el avance de la pandemia siga su curso.

### Gráfico 1 Medidas ante la pandemia

Medidas que un gobierno puede adoptar ante la pandemia
(a) Aislamiento social obligatorio-cuarentenas.
(b) Medidas flexibles: horarios diferenciados, estrategias para evitar aglomeraciones, etcétera.
(c) Curso natural de los sucesos: <i>laissez faire</i> biológico.

Elaboración propia.

La primera alternativa demanda decretar cuarentenas canalizadas a través de la figura del «estado de emergencia» u otra análoga usualmente existente en el orden constitucional del Estado que deba tomar la decisión (en el caso peruano, por ejemplo, el artículo 137.1 de la Constitución). Se sabe, además, que la declaratoria de estos estados tiene un efecto importante y grave sobre la economía del territorio, y puede llevar a la desaparición de fuentes de ingreso, pérdidas de trabajo, escasez de productos y, finalmente, recesión económica. Por su parte, la tercera alternativa minimiza tal impacto económico, pero solo a un costo elevado sobre la salud y vida de las personas. Como un punto medio entre ambas, las medidas de mitigación se orientan a la reducción de los efectos nocivos sobre la salud, sin recurrir a estrategias de profundo impacto económico.<sup>5</sup>

Pues bien: ¿qué acción es correcto/justo decretar en una situación como la descrita? La perspectiva tradicional —que llamaré, por simplicidad, la del «estadista informado»— nos dice que la mejor decisión se toma cuando se cuenta con la mejor información disponible, y ponderando o equilibrando las consecuencias positivas y negativas de las opciones decisorias. Esta alternativa muestra un marcado espíritu consecuencialista, además de que no recurre a recursos especulativos como el de la posición original o el velo de la ignorancia, propuestos por John Rawls. Al respecto, si bien no creo que este enfoque sea del todo erróneo, considero que es unilateral y que desconoce que hay un ejercicio previo que es necesario realizar. Por ello, frente al enfoque del «estadista informado», propondré una segunda perspectiva de análisis que, a falta de un mejor nombre, llamaré perspectiva del «gobernante justo».<sup>6</sup>

5 En casos como el descrito, entonces, el proceso de decisión opera a través de tres pasos: (i) el estadista/gobernante toma una decisión ((a) aislamiento social obligatorio, (b) aislamiento social recomendado y medidas adicionales, (c) inacción)); (ii) a continuación ocurre un evento de la naturaleza, consistente en la expansión del brote viral; y, finalmente, (iii) se obtendrán resultados traducibles en indicadores tales como número de muertes, número de personas desempleadas o nivel de contracción de la economía. Todo este proceso puede ser representado gráficamente a través de un árbol de decisión (*vid.* Véliz, 2014, pp. 408 y ss.).

6 Hay reminiscencias, en el empleo de esta expresión, de la tesis expuesta por el Sócrates de Platón en un célebre pasaje de *La República* referido a la figura del rey filósofo. En dicho pasaje sostiene Sócrates lo siguiente: «A menos que los filósofos reinen en los Estados, o los que ahora son llamados

Si bien John Rawls propuso las nociones de «posición original» y «velo de la ignorancia» como condiciones para la selección de una estructura básica de la sociedad que satisfaga ciertas condiciones (o principios) de justicia, y a pesar —además— de que llamó la atención sobre el hecho de que tal procedimiento era idóneo para la estructura básica de la sociedad, mas no necesariamente para otros procesos de toma de decisiones, quiero proponer que tales nociones también nos resultan de utilidad en el contexto de toma de decisiones frente a crisis como las sanitarias. Ello es así en la medida en que el riesgo más grave asociado a un proceso de toma de decisiones de estas características es la muerte. Si pensamos que cualquier forma de cooperación social está orientada al mejor florecimiento de la vida humana (*vid.* Nussbaum, 1995, pp. 377 y ss.), es difícil pensar en un grupo de personas que asienta una forma de organización social que pueda derivar en su muerte (pudiendo esta evitarse de alguna manera). Si ello es así, el proceso de toma de decisiones en un contexto de crisis sanitaria como el que aquí he esbozado debería regirse por condiciones de justicia análogas a las que rigen la estructura básica de la sociedad.

Recapitulemos las características descritas en el segundo párrafo de esta sección como las «circunstancias de la pandemia». Estas pueden ser resumidas en los siguientes puntos: (i) letalidad de entre 2 % y 3 %; (ii) mayor virulencia en personas mayores de 65 años y/o con las condiciones médicas A, B, C y/o D; y, (iii) número reproductivo básico de aproximadamente 4.

Según la posición original, es necesario concebir un contexto para la formación de un acuerdo entre personas libres e iguales, de forma tal que este establezca términos equitativos de cooperación social (Rawls, 2019, pp. 52 y ss.). Los términos de este acuerdo deben resultar mutuamente beneficiosos y deberían alcanzarse suponiendo racionalidad de los agentes. En ese sentido, ningún agente tomaría una decisión contraria a sus intereses. Finalmente, el hecho de que las condiciones para la cooperación esbozadas en la posición original sean equitativas, y que sean logradas por individuos libres e iguales, excluye la posibilidad de que existan amenazas de fuerza y coerción, engaño y fraude (Rawls, 2019, p. 53).

Ahora bien: para que se pueda arribar a un acuerdo mutuamente beneficioso orientado a la justicia, «[...] de alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho» (Rawls, 2010, p. 135). Es aquí donde aparece la noción de «velo de la ignorancia» como un mecanismo que permite lograr que las personas no sepan «[...] cómo las

---

reyes y gobernantes filosofen de modo genuino y adecuado, y que coincidan en una misma persona el poder político y la filosofía, y que se prohíba rigurosamente que marchen separadamente por cada uno de estos dos caminos las múltiples naturalezas que actualmente hacen así, no habrá, querido Glaucón, fin de los males para los Estados ni tampoco, creo, para género humano [...]» (473d-e, 2008, p. 282). El discurso de Sócrates, a pesar de su aparente arrogancia, enfatiza la importancia de la reflexión filosófica para el manejo de los asuntos públicos. Por ello, lo que resulta importante rescatar de tal tesis es la idea de que el «gobernante justo», como una variante de «rey filósofo» platónico, adopta una actitud más reflexiva y orientada hacia problemas filosóficos —que pueden ser éticos, morales o relacionados con la teoría de la justicia— para resolver encrucijadas que conciernen a acciones y decisiones de gobierno.



diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales» (Rawls, 2010, p. 135). En buena cuenta, la incertidumbre sobre las circunstancias que rodean la vida de cada quien llevaría a que los individuos razonen sin el posible recurso a sus condiciones beneficiosas.<sup>7</sup>

En el escenario que vengo presentando, las personas que deben tomar una decisión de política pública frente a la expansión de la pandemia conocen lo que he llamado «circunstancias de la pandemia», mas no conocen sus perspectivas y propias condiciones para afrontarla. En ese sentido, para cualquier persona se cumple que tanto podría ser el caso que sea mayor de 65 años, con la condición médica C y que habita un sector del país en el que el contagio es rápido, como que sea una persona menor de esa edad, sin condiciones médicas que puedan agravar la virulencia y que habite una zona alejada de centros urbanos o epicentros de contagio.

Cuando aplicamos las condiciones del velo de la ignorancia al proceso de toma de decisiones, la decisión imparcial debería hacer una abstracción sobre los posibles efectos diferenciados de la medida sobre diversos sectores de la población. En tal contexto, la decisión por la que se opte debería —nuevamente, para ser considerada justa y, en ese sentido, aceptable en un esquema social de cooperación y ventaja mutua— cumplir con la formulación del criterio maximin, mediante el cual se maximice las condiciones (en este caso, posibilidades) de supervivencia de los peor situados.

En su versión «densa» o «pesada» —que Parfit llama «fórmula del desconocimiento» (2011, p. 350)—, el velo de la ignorancia nos obliga a no tomar en cuenta las probabilidades de las posibles circunstancias que rodean la toma de decisiones (Rawls, 2010, p. 151). Ello permite descartar decisiones basadas en principios utilitaristas, a la vez que descartar la incidencia de actitudes irracionales frente al riesgo, ya se trate del «amor al riesgo» o la «aversión al riesgo». Por tal razón, en el ejemplo que venimos analizando, los individuos puestos en la situación decisoria frente a la pandemia no tienen acceso a la información sobre las pirámides poblacionales (esto es, los porcentajes de personas de acuerdo con determinados rangos de edad), la incidencia de determinadas condiciones médicas en la población, ni el porcentaje de población que habita en áreas urbanas o rurales especialmente densas. Si conocieran esta información podrían, por ejemplo, asumir el riesgo de que es poco probable tener una edad avanzada o determinada condición médica y, en consecuencia,

---

7 Parfit resume la fórmula del velo de la ignorancia rawlsiano en los siguientes términos: «Everyone ought to follow the principles to whose universal acceptance it would be rational in self-interested terms for everyone to agree, if everyone had to reach this agreement without knowing any particular facts about themselves or their circumstances» (2011, p. 349). De acuerdo con Rawls, y este es un punto que también enfatizan intérpretes como Parfit y Gargarella, el velo de ignorancia es la herramienta que permite superar las objeciones planteadas contra el contractualismo hobbesiano, esto es, (i) si cada uno conoce sus circunstancias (naturales y sociales), entonces podría procurar conseguir un arreglo social que resulte favorable precisamente para tales circunstancias; y, (ii) si se conoce información sobre las propias circunstancias, ello nos inclina hacia un razonamiento no imparcial. Frente a ello, el velo de la ignorancia permite solucionar el problema del acuerdo, a la vez que permite arribar a un acuerdo imparcial, mediante el cual rechazamos otorgar pesos diferenciados a ciertas circunstancias (Parfit, 2011, pp. 349 y ss.; Gargarella, 1999, pp. 40 y ss.).

tenderían a asumir el riesgo esperando que sus circunstancias sean favorables una vez que se levante el velo. Más aún: para que ello ocurra ni siquiera sería necesario asumir el supuesto de irracionalidad, pues basta con que se decida bajo riesgo, incorporando una multiplicación de la pérdida o ganancia asociada a la decisión por la probabilidad de su acaecencia. En tal escenario, por ejemplo, si 1 de cada 15 personas es mayor de 65 años, las personas en la posición original podrían elegir un arreglo social relativamente inseguro para este grupo, dada la baja probabilidad de ser un miembro de él.

Una cuestión más complicada es la que se refiere a las «circunstancias de la pandemia». Hasta aquí hemos supuesto que las personas conocen cuestiones tales como el porcentaje de letalidad del virus, con lo cual, si tuviesen una actitud amante del riesgo, o incluso una actitud neutral frente a él, podrían optar por una medida no tan gravosa como la del aislamiento social obligatorio. Para evadir tal escenario, procederemos a extraer la información referente al porcentaje de letalidad del virus, con lo cual las probabilidades de tener cualquiera de las condiciones que agravan la enfermedad, como las probabilidades de morir si este se contrae, no son conocidas por los agentes que arriban al acuerdo. De esta manera aseguramos que la decisión tomada respeta de la forma más fiel y estricta posible un criterio decisorio de tipo maximin. Se podrían cuestionar las razones para un encuadre decisorio tan estricto como el propuesto. Ante tal cuestionamiento, la respuesta consistiría en mostrar que de esta manera se garantiza un arreglo en el que se hizo lo mejor posible para que incluso el peor situado goce de condiciones y perspectivas razonablemente positivas. Esta es, también, una estrategia para disipar resabios utilitaristas en la toma de decisiones.

Detengámonos un instante en lo que hasta aquí se ha sostenido. En la toma de decisiones bajo incertidumbre —que es la situación a la que las exigencias de la posición original y el velo de la ignorancia nos obligan— se supone que el decisor «[...] no tiene conocimiento de la distribución de los estados de la naturaleza» (Véliz, 2014, p. 410). Podemos presumir, sin embargo, que en un escenario como el de la elección frente a la expansión de una pandemia, el decisor (estadista/gobernante) es capaz de ordenar sus preferencias. Para ello, nos ayuda introducir la noción de «ordenación de preferencias». Necesitamos, para ello, cierta notación:

- Estado 1: «s & e» representa el estado «se garantiza la salud de la población y se preserva la estabilidad y crecimiento económico»;
- Estado 2: «s & -e» representa el estado «se garantiza la salud de la población pero no se preserva la estabilidad y crecimiento económico»;
- Estado 3: «-s & e» representa el estado «no se garantiza la salud de la población pero se preserva la estabilidad y crecimiento económico»; y, finalmente,
- Estado 4: «-s & -e» representa el estado «no se garantiza la salud de la población ni se preserva la estabilidad y crecimiento económico».

Además, requerimos introducir las expresiones «xPy», que significa que «el agente prefiere x a y», y «xIy», que significa «el agente es indiferente entre x e y» (tomo la notación y el desarrollo de esta parte de Resnik, 1987, pp. 36 y ss.). Ahora estamos en condiciones de ordenar ciertas preferencias. Diremos, entonces, que:

- El decisor prefiere el estado 1 a los estados 2 y 3. Formalmente:  $(s \ \& \ e)P(s \ \& \ -e)$  y  $(s \ \& \ e)P(-s \ \& \ e)$ . Esto nos dice que el estadista/gobernante prefiere tanto que se proteja la salud de las personas como se garantice la estabilidad y crecimiento económico a que solo ocurra una de estas cosas y no la otra.
- El decisor es indiferente entre los estados 2 y 3. Formalmente:  $(-s \ \& \ e)I(s \ \& \ -e)$ . Ello muestra, desde nuestro punto de vista, (i) la dificultad de efectuar comparaciones (esto es, en su versión extrema, el problema de la inconmensurabilidad), y (ii) que, en tanto la medida por la que se opte afectará potencialmente a dos grupos de personas, las exigencias del velo de la ignorancia nos obligan a no otorgar mayor peso o importancia a la posición de uno de estos grupos sobre el otro (sean personas más propensas a sufrir daños a la salud por el virus o personas que quedarían en un estado económico precario frente a medidas de aislamiento social obligatorio).
- Finalmente, los estados 1, 2 y 3 son preferibles al estado 4. Esta última situación es fácilmente comprensible y no requiere mayor comentario.

Ahora bien: la relación entre los escenarios (estados) 2 y 3 es la más interesante. En la teoría de las decisiones se suelen emplear criterios para decidir en situaciones de incertidumbre. Si bien analíticamente se pueden formular cuatro criterios, dos de ellos son los más relevantes: el criterio maximin y el criterio maximax. Por el primero de estos, se calcula el valor mínimo de cada acción frente a la cual se enfrenta el decisor, y se elige como mejor aquella que maximiza la retribución mínima (Véliz, 2014, p. 410; Resnik, 1987, pp. 26-28). En términos muy simplificados, podríamos decir que en la regla maximin, se selecciona el mejor de los peores escenarios. Por su parte, en el criterio maximax, se calcula el valor máximo de cada acción y luego se selecciona como la mejor aquella que maximiza las retribuciones máximas (Véliz, 2014, p. 410; Resnik, 1987, pp. 26-28). En términos muy sencillos, podríamos decir que la regla maximax selecciona el mejor de los mejores escenarios.

Ahora: en nuestro caso, ¿qué criterio debería primar en la decisión? El «gobernante justo» debería tomar su decisión desde el punto de vista que simula condiciones de imparcialidad, y, en tal medida, optar por la solución maximin.<sup>8</sup> En esta, incluso las personas de edad avanzada, condiciones médicas que pueden agravar los efectos de la enfermedad y que habitan en zonas de rápida expansión viral podrían tener mayores probabilidades de sobrevivir al embate de la pandemia.

Esta solución, sin embargo, es incompleta. Hasta ahora no hemos tomado en cuenta que las contingencias específicas a las que hace referencia Rawls incluyen también la clase y posición social en la que las personas desenvuelven su vida. Esta contingencia es especialmente relevante en una última circunstancia de la pandemia hasta aquí no desarrollada: los efectos diferenciados en la economía personal y familiar que una medida como la cuarentena podría tener en distintas personas.

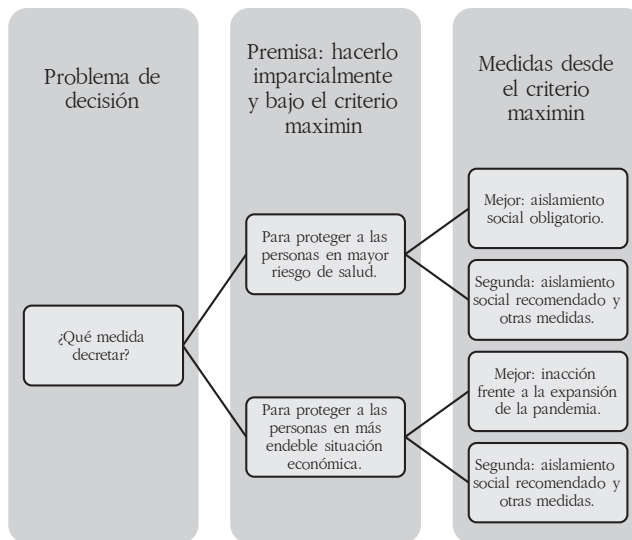
---

<sup>8</sup> «Rawls calls his principle of justice the *difference principle*. For our purposes, we can take it as declaring one society better than another if the worst-off members of the former do better than the worst-off in the latter» (Resnik, 1987, p. 41).

La idea se puede formular del siguiente modo: por las condiciones del velo de la ignorancia, no debería uno saber si será pobre o rico, y puede que sea pobre. En ese escenario, y optando por el criterio maximin, debería elegir la medida que derive en no paralizar el funcionamiento de la economía. Ello es así porque de esta manera podrá asegurar la posibilidad de seguir trabajando y generando ingresos para su precaria economía.

El problema hasta aquí descrito puede ser sintetizado en el gráfico 2.

**Gráfico 2**  
**El problema de decisión desde el criterio maximin**



Elaboración propia.

### 3. El problema del conflicto de acciones

Tal como veo el problema esbozado hasta este punto, este se origina cuando extendemos las exigencias rawlsianas diseñadas para la justicia de la estructura básica de la sociedad a contextos que no se refieren a tal estructura básica, sino a la toma de decisiones particulares. Una alternativa, entonces, sería desistir de nuestro intento y recurrir a formas de justicia local diseñadas para contextos específicos (esta es la estrategia adoptada por Jon Elster en 1994). Aquí, sin embargo, antes que renunciar a una respuesta desde la posición original y el velo de la ignorancia, se propone profundizar la investigación.

Comencemos, entonces, por sistematizar nuestros hallazgos hasta este punto en la siguiente matriz (gráfico 3).

**Gráfico 3**  
**Efectos sanitarios y económicos de distintas acciones**

<b>Acciones</b>	<b>Efectos sanitarios</b>	<b>Efectos económicos</b>
<b>Distanciamiento social obligatorio (cuarentena)</b>	Leves	Graves
<b>Distanciamiento social recomendado (medidas de mitigación)</b>	Medios	Medios
<b>Inacción</b>	Graves	Leves

Elaboración propia.

Desde el punto de vista de los efectos sanitarios —los que conciernen a condiciones del velo de la ignorancia relacionadas con el estado y las perspectivas de salud de las personas—, la acción elegida desde el criterio maximin debería ser la del distanciamiento social obligatorio (cuarentena); mientras que desde el punto de vista de los efectos económicos —que conciernen a las condiciones de velo de la ignorancia relacionadas con la posición social y económica que se ocupa en la sociedad—, la acción elegida desde el criterio maximin debería ser la inacción. Tanto si uno gozase de una salud frágil como si se encontrara en una posición económica precaria, preferiría un arreglo social que maximice sus posibilidades de sobrevivir y florecer. Es importante mencionar que en la elaboración de tal matriz decisoria no podemos cuantificar ganancias y pérdidas (como en una matriz juego-teorética), pues con ello estaríamos violando las condiciones de imparcialidad, una de las cuales es la proscripción de agregación de beneficios y perjuicios individuales. En suma, ello supondría insertar un elemento utilitarista que hasta aquí no ha sido admitido.

Así mismo, el planteamiento esbozado es elemental, dicotómico y excesivamente simplificado. Por ejemplo, podría ser que finalmente nos encontremos frente a una suerte de falsa dicotomía y que, por ende, la decisión que se tome favoreciendo a la salud tenga una repercusión favorable en la economía o viceversa. Este es un argumento que se podría inferir, por tomar un caso, del reciente estudio de Correia, Luck y Verner (2020), que compara las respuestas de distintos estados de Estados Unidos frente a la pandemia de influenza desatada en 1918 y concluye que «[...] las ciudades que intervinieron antes y de manera más agresiva no tuvieron un peor desempeño y, en todo caso, crecieron más rápidamente luego del final de la pandemia» (2020, p. 1). En todo caso, frente a este tipo de objeciones caben dos comentarios: (i) es muy pronto aún para conocer los efectos económicos a mediano y largo plazo de la presente pandemia (los que, además, deberían ser diferenciados en función de las circunstancias específicas de cada Estado), y (ii) los efectos a mediano y largo plazo no son iguales a los efectos inmediatos: es muy distinto decir que el país retornará a su cauce de crecimiento en el 2021 o 2022, que decir que el día de hoy, como producto de una decisión que desencadene una cuarentena, millones de personas no podrán salir a trabajar y obtener ingresos en muchos casos destinados a la subsistencia día a día. En todo caso, por todos estos riesgos especulativos es importante

reiterar que hasta aquí no se pretende realizar una descripción «densa» de la realidad, sino abstraer algunos elementos de esta para someterlos al análisis filosófico.

En segundo término, podría sostenerse —nuevamente— que nos encontramos frente a una falsa dicotomía debido a que el paso del tiempo es un factor determinante que debe ser tomado en cuenta. Si una acción como el distanciamiento social obligatorio se extiende demasiado en el tiempo, sus efectos no solo perjudicarán a las personas en peor situación económica (dentro de las cuales habrá muchas que, además, poseen condiciones médicas que complican sus posibilidades de supervivencia), sino también a todas las personas en especial riesgo de salud, pues sus ahorros se irán consumiendo. Este argumento tiene un punto importante, y es por ello fundamental resaltar que el equilibrio de razones que derivan en una decisión se va modificando en la medida en que los eventos evolucionan. Esto es algo sobre lo que volveré más adelante.

Retornando a la arena filosófica, un problema adicional que se nos presenta es que existe la posibilidad de que concurren las condiciones que agravan los efectos de cualquiera de las decisiones propuestas en una misma persona. En el vocabulario propio de los estudios de derechos humanos, se suele llamar a esta situación una de «interseccionalidad» de vulnerabilidades (*vid.* Zota-Bernal, 2015), por lo que cabe preguntarse qué medida es en este escenario la más satisfactoria para garantizar un esquema imparcial y justo de toma de decisiones. Con lo que llevamos de desarrollado hasta este punto, este problema deriva en una aporía.

Pero, además, el segundo problema es el del conflicto de acciones derivadas de emplear el criterio maximin cuando se toman en cuenta diversas circunstancias. Si desde el punto de vista de un grupo de circunstancias la opción privilegiada es A, mientras que desde el punto de vista de otras circunstancias es B, ¿cómo conciliar, si es posible, estas dos alternativas? Una opción —que aquí no seguiremos— es la de maximizar la acción tomada adoptando el punto de vista promedial. De acuerdo con esta alternativa, ordenamos en una escala ordinal las acciones elegidas para cada grupo de condiciones (si son tres, elegimos la acción preferida, la segunda mejor y la peor), habiendo determinado antes la acción elegida mediante el criterio maximin, y seleccionamos la que, en promedio, resulte más satisfactoria. Si los valores numéricos atribuidos a las opciones —en un proceso de decisión de tres alternativas— son de 2 para la mejor, 1 para la segunda mejor y 0 para la peor, y tenemos dos condiciones entre las cuales elegir, los cálculos serían del siguiente modo:

- Distanciamiento social obligatorio:  $2$  (es la mejor opción sanitaria) +  $0$  (es la peor opción económica) /  $2 = 1$
- Distanciamiento social recomendado:  $1$  (es la segunda mejor opción sanitaria) +  $1$  (es la segunda mejor opción económica) /  $2 = 1$
- Inacción:  $0$  (es la peor opción sanitaria) +  $2$  (es la mejor opción económica) /  $2 = 1$

En este caso, la metodología propuesta derivaría en un triple empate, con lo que no se resolvería el problema. Ello, desde luego, puede no ser un problema filosófico serio, sino el simple resultado del número de alternativas en disputa, así como los

valores numéricos atribuidos a estas. Por ello, mucho más importante es apuntar que la asignación de valores o pesos a cada opción es arbitraria y no se expresa en ninguna unidad que tenga sentido desde el punto de vista métrico. Finalmente, si se trata de leer tales pesos en términos de utilidad, habremos reinsertado un elemento utilitarista que queríamos desterrar de un proceso de toma de decisiones orientado a la justicia como imparcialidad.

La segunda alternativa consistiría en reinsertar el elemento temporal —la evolución de los sucesos, como ya adelantamos *supra*— en nuestro análisis, pero para ello requerimos proponer la noción de «utilitarismo de segundo grado», que desarrollaremos en el siguiente apartado.

#### 4. Utilitarismo de segundo grado

La tercera alternativa frente a un escenario de conflicto de acciones recomendadas por el criterio maximin en un escenario de posición original, sometida a los rigores del velo de la ignorancia, es la de reinsertar consideraciones utilitaristas, pero solo como segundo momento en el análisis, de forma tal que previamente se haya emprendido un análisis orientado a la justicia como imparcialidad. El utilitarismo de segundo grado presupone un paso previo basado en la justicia como imparcialidad, y a partir de ello reincorpora tanto las probabilidades como las cuantificaciones de efectos, con arreglo al principio de la utilidad media (Rawls, 2010, pp. 157 y ss.). De esta manera, una vez que se arriba a la conclusión de que cualquier arreglo social orientado a la cooperación en el contexto de la crisis sanitaria deja en un estado precario a un grupo social, dadas sus condiciones o circunstancias, se reinserta el conocimiento sobre las circunstancias del mundo —esto es, se retiran las condiciones del velo de la ignorancia— y se opta por la alternativa que maximice la utilidad media o *per capita* (Rawls, 2010, pp. 157 y ss.).

En los términos de la teoría de la decisión, el proceso que hemos recorrido se puede resumir del siguiente modo: (i) comenzamos con un problema de decisión entre tres alternativas; (ii) aplicamos las condiciones de imparcialidad propuestas por Rawls (posición original y velo de la ignorancia); (iii) tratamos de tomar una decisión bajo incertidumbre, empleando para ello el criterio maximin; y, frente a la insuficiencia de la respuesta obtenida, (iv) recurrimos a una forma de toma de decisiones bajo riesgo. En este último escenario se devela el velo de la ignorancia, por lo que es posible para el decisor y los involucrados estimar la probabilidad de ocurrencia de los distintos estados de la naturaleza (*vid.* Véliz, 2014, p. 411).

En la medida en que la evolución de los sucesos puede ir modificando tal utilidad media, la solución del utilitarismo de segundo grado supone pasar de la posición del «gobernante justo» a la del «estadista informado» a medida que evolucionan los eventos. La ganancia filosófica que se habría producido con ello es que el tomador de decisiones —gobernante/estadista— puede dar cuenta y justificar un primer intento de arribar a una solución orientada hacia la justicia como imparcialidad, y solo frente a su fracaso recurrir a consideraciones utilitaristas. Por ejemplo, ante la falta de efectividad de una medida como el aislamiento social obligatorio, las personas



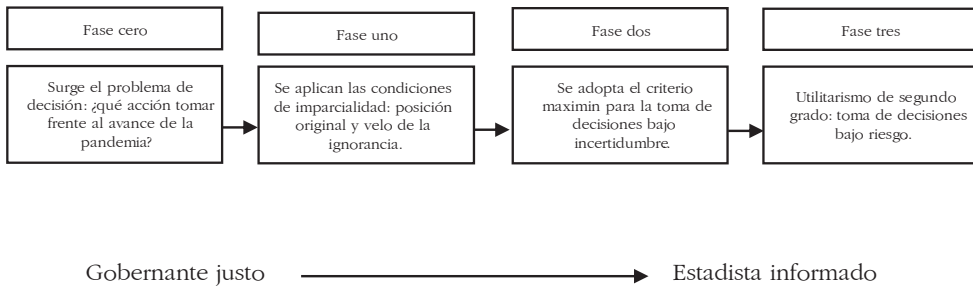
inicialmente protegidas por dicha medida —personas mayores, con determinadas condiciones médicas, entre otras— no solo no habrían visto reducido su riesgo de contagio sino que, además, se verían expuestas a los efectos económicos nocivos de las circunstancias cambiantes (cada vez más graves).

Así mismo, la propuesta expuesta nos permite superar la dicotomía popular en el sentido común de la opinión pública que sostiene que en el fondo el problema se trata de una tensión entre la «economía» *versus* la «salud», para mostrar que siempre se trata de una estrategia para maximizar el bienestar de las personas que conforman la comunidad política. En ese escenario, cualquier sacrificio en la vida, salud, empleo o posición económica de algunos no es en favor de anónimas reificaciones como la salud o la economía, sino una estrategia de segundo mejor ante una aporía decisoria que no admite indecisión (o, mejor dicho, en la que la indecisión es una decisión). En este escenario, como es de esperarse, un profundo conocimiento sobre las circunstancias del mundo es fundamental.

Todo lo señalado hasta este punto puede sintetizarse en el gráfico 4.

**Gráfico 4**

**Fases del proceso de decisión desde las condiciones de imparcialidad hasta el utilitarismo de segundo grado**



Elaboración propia.

Un último comentario puede resultar aquí oportuno para evitar malentendidos: el utilitarismo de segundo grado es una medida pertinente en aquellos escenarios que los filósofos del derecho tenderían a llamar «casos difíciles» o incluso «casos trágicos». La idea básica aquí es que, dadas las condiciones y el contexto de la toma de decisiones, no es posible arribar a una única solución que —*tout court*— satisfaga el criterio maximin. Ello quiere decir que, ante la aporía decisoria, la garantía de la situación de unos siempre se logra a costa de la mayor vulnerabilidad de otros. Puestos frente a tal escenario no deseado, el utilitarismo de segundo orden aparece como una estrategia análoga a lo que en interpretación constitucional autores como Hesse han llamado «concordancia práctica», esto es, la coordinación de una solución mediante la cual los bienes o situaciones en juego conserven en mayor medida su entidad, sin recurrir precipitadamente a una ponderación o elección de bienes pre-variantes (2012, pp. 67-68). Puesto en términos menos abstractos, esta concordancia práctica se traduce en la elección de la medida (o conjunto de estas) que maximice



la utilidad media. Cuál sea esta, dependerá del contexto empírico en que se tome la decisión.

## 5. La alternativa de la solidaridad

Deseo terminar proponiendo la que podría ser una última estrategia decisoria, esbozada desde un punto de vista imparcial, pero que requiere reinterpretar profundamente el primer principio de justicia rawlsiano. Este principio, en su formulación canónica, establece que «cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás» (Rawls, 2010, p. 67). En la medida en que este esquema rawlsiano de libertades básicas incluye a la propiedad personal (Rawls, 2010, p. 68),<sup>9</sup> mi estrategia recurre a una exclusión de la condición iusfundamental del derecho de propiedad, de forma tal que se pueda sostener que, en determinadas circunstancias de grave crisis —como en el caso de una crisis sanitaria—, una intervención significativa en la propiedad es no solo admisible sino recomendable para minimizar la situación de vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos determinados sectores sociales.

Para llegar a esta solución empleamos primero una metodología de posición original sometida al velo de la ignorancia, y frente a un conflicto de decisión y de acciones como el esbozado en la sección 3 de este trabajo, se recurre a medidas redistributivas que demanden una intervención en la propiedad.<sup>10</sup> Ello se hace, sin embargo, tomando en consideración el ideal de cooperación y solidaridad que inspira a las comunidades políticas, y aunque puede comprenderse como una forma de razonamiento utilitarista, es también verdad que es el utilitarismo más benévolo posible, pues parte de una aplicación de la ley económica de rendimientos decrecientes (*vid.* Nicholson & Snyder, 2011, pp. 13-15 para una aproximación intuitiva). Por esta ley, se afecta primero la propiedad de quienes más poseen —millonarios y grandes empresas— bajo la premisa de que sus últimas unidades monetarias valen menos que las primeras, pues no están destinadas a la satisfacción de necesidades básicas. Este *exceso* resulta moralmente condenable en contextos de escasez agravada, por lo que su redistribución parte de una interpretación en clave no rawlsiana de las palabras «compatible con un esquema semejante de libertades para los demás» en la formulación de su primer principio.

En circunstancias de profunda crisis, no es compatible con la libertad y socialidad común que algunos puedan contar con fortunas que alcanzan mucho más allá de

---

9 Aunque el propio Rawls introduce importantes precisiones sobre la condición de la propiedad como libertad básica en otro lugar de su obra (*vid.* Rawls, 2019, pp. 335-336).

10 Es importante precisar que el recurso a la afectación al derecho de propiedad no es una medida necesaria. Si es posible tomar una decisión que logre minimizar la vulnerabilidad de personas con condiciones precarias de salud, a la vez que la incidencia sobre la esfera económica de quienes menos tienen, se deberá optar primero por tal estrategia. Pero nada nos asegura que esta funcione, y es entonces donde la intervención sobre la propiedad aparece en el horizonte como una alternativa que no debería ser descartada.

para la satisfacción de necesidades e incluso para efectuar ahorros razonables para una vida, y, por ello, medidas como la expropiación, impuestos progresivos y a las grandes fortunas (de tales características que incluso vulnerarían el principio de no confiscatoriedad en los términos en que se encuentra actualmente regulado), así como otras medidas análogas, pueden ser consideradas exigencias de la justicia.<sup>11</sup> Ello ocurre en dos variantes del argumento, las cuales hasta este punto no han sido adecuadamente diferenciadas: en la primera, mediante la exclusión de la propiedad como libertad básica —con lo cual, su redistribución no afecta la estructura básica de la sociedad—; y en la segunda, mediante la aceptación de su condición de libertad básica, pero su posterior sometimiento a las condiciones decisorias excepcionales de una situación de crisis sanitaria.

Como señalé al inicio de esta sección, mi estrategia será la primera. Por ello, en lo sucesivo, y recurriendo a la teoría de los derechos fundamentales desarrollada por Luigi Ferrajoli, argumentaré que la propiedad puede ser excluida del catálogo de derechos fundamentales y, con ello, de las libertades básicas a las que se hace referencia en el primer principio de justicia de Rawls. No obstante, es importante decir algo corto pero necesario sobre la segunda estrategia. En términos generales, me gustaría dejar sentado que esta, para ser racional y garantizar el principio de universalidad (esto es, las condiciones de justicia formal), debería delimitar claramente cuáles son las condiciones excepcionales que justifican afectar la propiedad; ello es así en la medida en que en esta alternativa no se niega la condición iusfundamental de tal derecho (*vid.* Alexy, 2010, pp. 268 y ss.; MacCormick, 2003, pp. 73-86). El que estas condiciones sean claramente especificadas permite que frente a un nuevo escenario de crisis en el futuro, el tomador de decisiones pueda evaluar si corresponde o no recurrir a las limitaciones a la propiedad, en función de que se cumplan o no las condiciones previamente identificadas.

Paso, entonces, al desarrollo de la primera estrategia: Luigi Ferrajoli ha desarrollado a lo largo de su extensa obra una distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que es de especial relevancia aquí (para el desarrollo de mi argumentación me valgo, principalmente, de los ensayos recopilados en Ferrajoli, 2008, 2009 y 2018, así como el desarrollo más sistemático de la teoría ferrajoliana que aparece en Ferrajoli, 2011). Para ello, sostiene el autor italiano que, en primer lugar, la tradición liberal habría incurrido en una pervasiva confusión originada por las raíces diversas para el desarrollo de la noción de «derecho subjetivo». Estas raíces provienen, de un lado, de las doctrinas iusnaturalistas de los «derechos naturales», y, del otro, de la tradición romanista-civilista de los derechos patrimoniales (Ferrajoli, 2018, pp. 14-15). La confusión se habría manifestado —de acuerdo con el argumento de Ferrajoli— en la obra de autores como John Locke, quien extendió el lenguaje de la propiedad incluso para hablar de las personas, con lo cual la ca-

---

11 Aquí una importante aclaración (al menos desde el horizonte del positivismo jurídico): que estas sean exigencias de la justicia no implica (ni viceversa) que sean jurídicamente legítimas. El que sean exigencias justas es, en todo caso, una razón para propugnar modificaciones sobre el derecho vigente, de forma tal que se obtenga un mejor equilibrio de cargas y beneficios para contextos de crisis como la sanitaria.

tegoría de propiedad se convirtió en la piedra de toque de su entera aproximación filosófico-política.

Una vez que se disipa la confusión histórica que identifica el autor, este propone cuatro distinciones entre la noción de derechos fundamentales y derechos patrimoniales: (i) los derechos patrimoniales son derechos singulares, mientras que los derechos fundamentales son universales<sup>12</sup> (Ferrajoli, 2009, p. 30); (ii) los derechos fundamentales son indisponibles e intransigibles, mientras que los derechos patrimoniales son disponibles y negociables; (iii) los derechos patrimoniales tienen por títulos actos negociales o actuaciones singulares como donaciones, contratos o sentencias, mientras que los derechos fundamentales poseen un título universal (por excelencia, la ley). (Esta distinción se resume en que mientras los derechos fundamentales son *normas*, los derechos patrimoniales son *predispuestos por normas*.) Finalmente, (iv) los derechos patrimoniales son horizontales, es decir, las relaciones que establecen se basan en la condición de iguales de las personas (relaciones intersubjetivas principalmente civiles), mientras que los derechos fundamentales se asocian a la existencia de mandatos deónticos a cargo del Estado y, en tal medida, verticales (para todas las diferencias, *vid.* Ferrajoli, 2011, pp. 684-800; 2009, pp. 30-35). Como síntesis de las cuatro distinciones, podemos decir que los derechos patrimoniales fundan la desigualdad entre las personas, mientras que los derechos fundamentales se asocian a la igualdad entre estas.

No requiero ni es mi intención entrar en los detalles del argumento de Ferrajoli, que, además, ha recibido importantes críticas que habría que analizar con detenimiento. Me interesa, más bien, desarrollar y profundizar las razones por las que propone distinguir entre derechos fundamentales y patrimoniales. La idea básica es que los derechos patrimoniales permiten la acumulación por parte de sus propietarios de cantidades de riqueza que, a lo largo del tiempo, fundan la desigualdad fáctica entre las personas: «no cabe llegar a ser jurídicamente más libre, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos» (Ferrajoli, 2009, p. 31). Esta riqueza se ve garantizada y reconocida por el hecho de que los derechos patrimoniales permiten la exclusión en su uso y disfrute de los demás. Por ello, frente a la dimensión igualadora de los derechos fundamentales, los derechos patrimoniales establecen desigualdades de hecho. Ello habría originado, desde el punto de vista de Ferrajoli, aceradas críticas por parte de, por ejemplo, autores como Karl Marx. Representativa de esta aproximación es la crítica que el filósofo de Tréveris lanza contra los derechos burgueses en textos como *La cuestión judía* (Marx, 1978, pp. 178-208). No obstante, tal crítica sería superable si negamos el carácter iusfundamental a los derechos patrimoniales, de forma tal que los podamos someter a condiciones más

---

12 Ferrajoli define los derechos fundamentales como «los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar» (2011, p. 686). Como agrega Ferrajoli, la característica de universalidad no se refiere a una dimensión valorativa, sino al simple hecho de que los derechos universales emplean un cuantificador lógico universal. Por ello, no se debe entender que la característica de universalidad de derechos se explique en Ferrajoli con recurso a nociones como la «dignidad humana». Esta opción queda excluida en el planteamiento de su teoría del derecho, pero es un punto sobre el que no me puedo extender aquí.

o menos estrictas para su ejercicio. Estas condiciones encuentran explicación en el hecho de que las potestades que otorgan los derechos de autonomía (categoría genérica dentro de la que se encuentran los derechos patrimoniales) están sometidas a normas y parámetros que garantizan el interés público y los derechos de los demás (Ferrajoli, 2011, p. 714).

Lo anterior no desconoce una distinción más sutil entre derechos patrimoniales —como el derecho de ejercicio y aprovechamiento de la propiedad—, y el derecho a convertirse en propietario, dejando sentado que este último derecho sí puede incluirse dentro de los derechos fundamentales o de ciudadanía (*vid.* Ferrajoli, 2009, p. 31). Mientras que el primero da lugar al ejercicio de atributos sobre los bienes acumulados, el segundo garantiza un acceso igualitario al mercado de intercambio de bienes.

Por todo lo anterior, en tanto poderes, los derechos de autonomía patrimonial pueden ser sometidos a exigencias provenientes de la ley. Esto es así pues la ausencia de tales límites representaría una carta abierta a los poderes irrestrictos del mercado, al contrario de lo que ocurre con los derechos fundamentales, que son ellos mismos límites frente al poder estatal.

La conclusión que quiero extraer de nuestra breve discusión es que, si bien los derechos patrimoniales permiten el florecimiento humano, traducido en un espacio para el desarrollo de proyectos de realización autónomamente elegidos, su ejercicio puede verse limitado en situaciones que requieran de un mayor sacrificio social. Precisamente el contexto de una grave pandemia muestra que para el aseguramiento de la igualdad material no basta con un reconocimiento formal de igualdad de derechos, sino que se hace necesario emprender medidas redistributivas que apunten a mitigar los daños que cualquier decisión acarree. Si, como he argumentado a lo largo de este trabajo, el contexto decisorio frente a la expansión de una pandemia deriva en una aporía por el doble resultado contradictorio de la aplicación del criterio maximin para garantizar la imparcialidad, entonces la obtención de una solución de segundo mejor pasa —para su efectividad y suficiencia— por la evaluación de medidas que privilegian los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales.

Incluso si no se aceptara la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, nos queda una alternativa final. En el vocabulario de autores como Robert Alexy se puede distinguir entre los pesos abstractos y concretos de diversos bienes o derechos en disputa. Por ello, por lo menos en contextos de crisis sanitarias agudas, los derechos fundamentales poseen un peso concreto mayor que los derechos patrimoniales. Si ello es así, para minimizar los perjuicios que cualquier curso de acción acarrea, el tomador de decisiones debería tener a su disposición un abanico de alternativas tales como expropiaciones, nacionalizaciones, impuestos progresivos y a la riqueza, entre otras medidas. Siempre que con estas medidas no se afecte un mínimo existencial (e incluso más que ello), la redistribución de riqueza para el alivio de la crisis estará justificada desde el punto de vista de la justicia.

## 6. Conclusiones

He argumentado que el problema de decisión al que se ven enfrentados gobernantes de todo el mundo frente al avance de una pandemia puede ser esclarecido mediante un análisis filosófico de las exigencias de la justicia. Adoptando algunas categorías de la teoría de la justicia de John Rawls, he argumentado que, antes de saltar a las consideraciones utilitaristas, es posible para el tomador de decisiones reflexionar sobre las exigencias de justicia que emergen de la posición original. El resultado de este ejercicio nos permite identificar a los grupos menos favorecidos por determinado contexto y circunstancias específicas y, con ello, trazar estrategias que maximicen su situación como la de los peor situados ante la crisis. Finalmente, cuando este ejercicio fracasa se puede recurrir a un utilitarismo de segundo grado, en el que se decide con arreglo a la teoría de la toma de decisiones bajo riesgo. Aun así, existe la alternativa de minimizar el impacto de las medidas para afrontar la crisis mediante una afectación de la propiedad con fines redistributivos. Si bien ello se puede hacer sin cuestionar la condición iusfundamental del derecho de propiedad, es importante tomar en cuenta que es posible distinguir entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Adoptar tal distinción —por las razones filosóficas expuestas— nos permite un mayor margen de acción para mitigar los efectos de una crisis sanitaria, a la vez que recordar que la sociedad es una empresa colectiva basada no solamente en la idea de libertad, sino también en la de solidaridad.<sup>13</sup>

## Referencias

- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Brandom, R. (1979). Freedom and constraint by norms. *American Philosophical Quarterly*, 16(3), pp. 187-196.
- Consortio de Investigación Económica y Social (CIES). (2017). Radiografía del sistema de salud: eficiencia, equidad y óptimos servicios como tareas pendientes. *Revista Economía y Sociedad*, (90), pp. 10-13.
- Correia, S., Luck, S., & Verner, E. (30 de marzo de 2020). *Pandemics depress the economy, public health interventions do not: evidence from the 1918 flu*. Recuperado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3561560> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561560>
- Elster, J. (1994). *Justicia local. De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris*. Vol. 1: *Teoría del derecho*. Madrid: Trotta.

---

<sup>13</sup> Desde luego, estas dos nociones no tienen por qué ser opuestas, como muestran, entre muchos otros, los trabajos de autores como Brandom (1979) y Honneth (2014).

Ferrajoli, L. (2018). *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo del derecho privado*. Lima: Palestra.

Ferrajoli, L., Bacelli, L., Bovero, M., Guastini, R., Jori, M., Pintore, A., Vitale, E., & Zolo, D. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Galicia, S. (2017). *Derecho e informalidad. Explicaciones alternativas a la relación entre el derecho laboral y la informalidad a partir del caso de Gamarra*. (Tesis PUCP). Lima. Recuperado de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9944/Galicia\\_Vidal\\_Derecho\\_informalidad\\_explicaciones1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9944/Galicia_Vidal_Derecho_informalidad_explicaciones1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

Gestión (19 de enero de 2020). Informalidad laboral de Perú bajó apenas un punto porcentual el 2019 y llegó a 72%. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/informalidad-laboral-de-peru-bajo- apenas-un-punto-porcentual-el-2019-y-llego-a-72-noticia/>

Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Honneth, A. (2014). *Freedom's right. The social foundations of democratic life*. Nueva York: Columbia University Press.

Junta de Vigilancia Mundial de la Preparación. (2019). *Un mundo en peligro: informe anual sobre la preparación mundial para las emergencias sanitarias*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud. Recuperado de: [https://apps.who.int/gpmb/assets/annual\\_report/GPMB\\_Annual\\_Report\\_Spanish.pdf](https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf)

Krugman, P. (15 de mayo de 2020). La realidad de la covid-19 tiene un sesgo progresista. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/economia/2020-05-15/la-realidad-de-la-covid-19-tiene-un-sesgo-progresista.html>

MacCormick, N. (2003). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.

Maguiña, C., & Galán-Rodas, E. (2011). Situación de la salud en el Perú: la agenda pendiente. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 28(3), pp. 569-570.

Marx, K. (1978). La cuestión judía. En *Manuscritos de París. Anales francoalemanes*. Madrid: Crítica, Grijalbo.

Ministerio de Salud (MINSA). (2020). *Minsa: hay 175 camas UCI disponibles de las 773 habilitadas en el Perú*. (Nota de prensa). Recuperada de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/140663-minsa-hay-175-camas-uci-disponibles-de-las-773-habilitadas-en-el-peru>

Nicholson, W., & Snyder, C. (2011). *Microeconomía intermedia y su aplicación*. México D. F.: Cengage Learning.

Nussbaum, M. (1995). *The fragility of goodness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Parfit, D. (2011). *On what matters*. Volume one. Oxford: Oxford University Press.

Platón (2008). *Diálogos IV. República*. Madrid: Gredos.

Rawls, J. (2001[2002]). *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.

Rawls, J. (1971[2010]). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (1993[2019]). *El liberalismo político*. Madrid: Crítica.

Resnik, M. (1987). *Choices. An introduction to decision theory*. Minneapolis-Londres: University of Minnesota Press.

Salud con Lupa (27 de abril de 2020). Latinoamérica en cuidados intensivos. Recuperado de <https://saludconlupa.com/series/coronavirus/latinoamerica-en-cuidados-intensivos/>

Véliz, C. (2014). *Estadística para la administración y los negocios*. México-Lima: Pearson.

Zota-Bernal, A. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), pp. 67-85.





# **Dinámicas alrededor de la educación en una facultad de derecho en pandemia: hallazgos preliminares**

*Hans Enrique Cuadros Sánchez*  
Pontificia Universidad Católica del Perú



## Palabras preliminares

Cuando me invitaron a colaborar con este volumen, esta investigación ya estaba en marcha y no había pensado realizar una publicación previa como esta. El reto es mayor para mí, por la premura de tiempo con el cual he contado para la elaboración de esta primera presentación y los hallazgos que aquí expondré. No puedo iniciar este artículo sin agradecer a Carlyne y Angélica, alumnas de la Facultad de Derecho de la PUCP, quienes han obrado, hasta la fecha, como mis principales informantes de campo. Así también, extendiendo el agradecimiento a Carlos y Dayali, quienes también vienen colaborando con sus cuadernos de campo para esta investigación.

### 1. La investigación: desarrollar una etnografía

Luego de redactar la parte final del libro centenario de mi casa de estudios universitarios —*Crónicas de claustro: cien años de historia de la Facultad de Derecho de la PUCP*— (Ramos & Cuadros, 2019), una versión revisada, mejorada y aumentada de su antecesora por los noventa años, me quedé con una intriga: ingresar al ámbito de la historia oral, cuya riqueza a partir de las entrevistas efectuadas a los últimos decanos de la facultad fue bastante reveladora. Las vivencias de los decanos posibilitaban la oportunidad de ir más allá de las actas oficiales y los acontecimientos de la Facultad de Derecho registrados en papel, muchas veces en un lenguaje bastante ceremonioso. Así, la historia y, sobre todo, la historia del derecho, con gran razón y sentido común, se ha construido con base en los archivos y la textualidad de los documentos que lo soportan. ¿A dónde recurrir si muchos de quienes hicieron historia en la Facultad de Derecho PUCP ya habían fallecido? Pues obviamente, a las fuentes escritas: las actas, archivos y demás similares, que posibilitan la construcción de una historia verídica y veraz. El problema de las fuentes escritas para la construcción histórica es que, por ejemplo, nunca registrarían lo que acontecería en las tradicionales «encerronas» de la Facultad del Derecho. ¿Qué sucesos habrán ocurrido en esas célebres fiestas recordadas con nostalgia por estudiantes y profesores? La importancia de los aspectos vivenciales podría ser tan o más relevante que los acontecimientos oficiales e institucionales de una de las más prestigiosas facultades de derecho del país. Estos detalles probablemente no quedaron registrados en el libro

centenario, pero sí algunos que todo historiador —con buen ojo humanista— no puede dejar pasar.

Meses después de la publicación y presentación del libro centenario, ya en enero de 2020, recibí la invitación de mi colega José Carlos Fernández, docente de la Facultad de Derecho, para preparar un taller de metodología de investigación jurídica con la participación de Noemí Ancí, también una joven docente, dirigido a estudiantes de pregrado. El taller, organizado por la asociación *Ius et Veritas*, tuvo la acogida esperada y ahí conocí a un grupo entusiasta de estudiantes con los cuales podría trabajar una investigación. Así surgió la idea de realizar una etnografía de la Facultad de Derecho de la PUCP. La capacidad de observación de este grupo de jóvenes me permitía obtener una enriquecedora fuente de información, gracias a su especial visión del derecho, para resolver dos preguntas que me inquietaban y que dirigen esta investigación:

- ¿cómo se relacionan los alumnos en el proceso de aprendizaje del derecho?; y,
- ¿cómo se relacionan en razón a su desempeño en la carrera (como estudiantes, practicantes, estudiantes, asistentes y adjuntos de docencia) y su interacción con los profesores?

La finalidad de esta investigación era encontrar las normas implícitas, abstractas, sociales y culturales que regulaban las dinámicas de interacción entre los estudiantes de la Facultad. Esto me permitiría advertir lo extrajurídico en un campo académico cuyo objeto de estudio es esencialmente lo jurídico. ¿Cuál sería la relevancia de esta investigación? Visibilizar cómo las prácticas extrajurídicas suelen ser mucho más decisivas que las actividades jurídicas en contextos donde institucionalmente el derecho está en discusión y desarrollo.

Esta investigación fue planificada la primera semana de marzo y se estimó la participación de cinco estudiantes, una de ellas de Estudios Generales Letras y cuatro de la Facultad de Derecho. Las clases comenzarían el lunes 16 de marzo de 2020. Para ingresar a los aspectos teóricos de la etnografía hicimos una lectura, revisión y discusión de los primeros capítulos del clásico *The interpretation of cultures* (1973) en su versión en lengua española: *Interpretación de las culturas*, de Clifford Geertz (Barcelona, ed., 2003). Esta etapa preliminar sobre acercamiento teórico y discusión se realizó las dos semanas previas al inicio normal de clases. Diez días antes, exactamente, el 6 de marzo, el presidente de la República, Martín Vizcarra, anunciaba la confirmación del primer caso de paciente infectado con COVID-19. El 11 de marzo se declaró la emergencia sanitaria por 90 días mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se suspendieron las clases presenciales en la educación básica regular que se habían iniciado unos días antes, y algunos lugares de concurrencia pública estaban cancelando sus funciones para evitar la aglomeración de personas y la expansión del virus.

La PUCP suspendería el inicio de sus clases hasta el día 6 de abril de 2020, y una semana antes desarrollaría una inducción en todos sus cursos para probar y practicar el diseño de clases en plataformas digitales. En ese sentido, quedaba claro que nuestro principal campo de estudio para realizar la investigación, el campus PUCP,

ubicado en el fundo Pando, en el distrito de San Miguel, Lima Metropolitana, tendría que trasladarse a un nuevo espacio: el digital. No resultó extraño este cambio de campo para la investigación, habida cuenta de que el espacio virtual de la universidad es uno con el cual, desde el año 2008, he venido interactuando. Lo anterior tampoco resultó complejo para los informantes, cuya interacción con la plataforma digital de la universidad y de otras instituciones ha sido común desde hace años.

La etnografía, pues, trataría de recoger toda la información posible para brindar un diagnóstico de las interacciones en la educación legal y cómo estas influyen en la formación universitaria destinada al ejercicio de la profesión de abogado. Esperamos que esta práctica se pueda replicar no solo en la Facultad de Derecho de la PUCP, sino también en otras de todo el Perú. Considero que abordar la problemática del ejercicio de la profesión resulta insuficiente si no se ingresa a analizar los primeros años de la práctica legal en las universidades. Si algún lector tuviera duda de la gravedad de la problemática que actualmente nos aqueja a los abogados, puede ir a la plataforma digital de videos YouTube para que, a través de una búsqueda simple, con las palabras «Colegio de Abogados de Lima, Elecciones 2019», visualice una serie de videos que evidencian el vergonzoso espectáculo público que dio la organización de este evento. Así mismo, la percepción general y mayoritaria no es la más adecuada y benigna para con los operadores jurídicos. La proliferación de facultades de derecho y el creciente número de abogados año tras año merece un estudio sobre los procesos de transformación y cambio que a la fecha vienen ocurriendo. Por ello, esta etnografía busca comprender un poco el espacio primigenio de la formación de la práctica letrada: la Facultad de Derecho. De más está decir que esta es solo una pequeña muestra —privilegiada por su prestigio histórico— en un universo bastante más grande y diverso conformado por todas las facultades de derecho del Perú.

Así las cosas, la recopilación de datos etnográficos comenzó el 30 de marzo y finalizará el 1 de agosto. Una vez acabado este trabajo de veinte semanas, se presentarán los resultados y el diagnóstico en un artículo académico que será entregado a la Facultad de Derecho PUCP, por iniciativa propia, para su publicación o difusión por los mecanismos institucionales correspondientes. La metodología etnográfica, en este caso, nos permitirá obtener una información que de otra manera carecería de la rigurosidad académica en un ámbito todavía virgen como el análisis etnográfico de la educación jurídica, no solo en la PUCP sino también en el Perú.

## **2. La pandemia: el contexto de la investigación**

Como señalé en el apartado anterior, la investigación estaba programada para realizarse en un ciclo regular: 15 semanas de clase y 2 de evaluaciones finales y complementarias. Sin embargo, la pandemia del coronavirus cambió el contexto. Ya no sería posible investigar en el mismo campus de la universidad, y su período se extendería por tres semanas más; es decir, ahora serán 20 semanas en total. Es en este contexto que se ejecuta actualmente la investigación.

La inmersión etnográfica se dio a través del campo digital: el primer ámbito de estudio por excelencia fue la plataforma de Facebook donde páginas como «Group PUCP» y «Derecho PUCP 1.0» reflejaban la preocupación de un considerable número de estudiantes —no solo de Derecho— respecto al inicio de clases programado para el 16 de marzo en condiciones en las que el incremento de casos se hacía cada vez mayor y el virus se propagaba no solo en Lima, sino también en algunas regiones del país. Para cuando se dispuso el aplazamiento de actividades educativas en la PUCP para el 30 de marzo, el país ya contaba con 950 contagiados, 269 recuperados y 24 fallecidos a causa de la COVID-19, según las cifras oficiales del Ministerio de Salud. Esa semana se dieron las primeras clases denominadas de inducción, cuya principal finalidad fue la de probar el sistema de clases digitales con la interacción entre las tres plataformas usadas para ello: Campus Virtual PUCP, Paideia y la aplicación externa para videoconferencias Zoom. En algunos casos los resultados no fueron muy positivos debido a que, lógicamente, la transición al manejo de las herramientas digitales requiere práctica y no todos los profesores y estudiantes tuvieron la misma disponibilidad y recursos para iniciarse en esta práctica.

A un buen sector de estudiantes les preocupaba que algunos de sus docentes, especialmente los de mayor edad, no tuvieran el mismo desempeño que en la modalidad presencial, y esto se hizo evidente en los grupos de Facebook. Estos grupos ya eran muy dinámicos en días de matrícula desde años atrás, y no es que durante la pandemia se posicionaron como los espacios de socialización e intercambio de información sobre los cursos de la facultad, sino que ya lo venían siendo desde cuando esta red social se consolidó en la década de 2010 como el espacio de interacción por antonomasia de las redes sociales abiertas gratuitamente al público. La plataforma mostraba el malestar de algunos alumnos con relación al tema económico del pago de las boletas ante el temor de que las clases brindadas en las plataformas digitales no fueran de la misma calidad que las presenciales. Estos temores se acentuaban cuando ocurría la negativa de algún profesor a grabar clases o mantener una interacción más fluida con sus alumnos por las plataformas audiovisuales, y solo lo harían, por ejemplo, por el ya tradicional correo electrónico.

La preocupación de los estudiantes no era exclusiva de los estudiantes de derecho, sino también de toda la universidad; es más, trascendía y era una preocupación generalizada en el común de los estudiantes de las principales universidades privadas de Lima.<sup>1</sup> Es en este contexto que los grupos de promoción y de amigos en WhatsApp cobran una importancia mayor. Esto en razón a que las páginas colectivas de Facebook, al ser públicas, permiten que un número indeterminado de personas

---

1 Resulta preocupante que solo se haya visibilizado en los medios de comunicación la preocupación con respecto a la universidad privada de la capital. ¿Qué estaría ocurriendo en las universidades privadas de provincias? Por redes sociales, era posible apreciar que en por lo menos una universidad privada del centro del Perú, los estudiantes tenían las mismas preocupaciones y quejas respecto al pago de las pensiones. Surge la pregunta: ¿y las universidades públicas? Un breve acercamiento a la situación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos permitió apreciar que ahí las clases tendrían una fecha de inicio incierta. A la fecha de la última revisión de este texto, lunes 8 de junio de 2020, confirmé que ese día iniciaron las clases en esta facultad en la Decana de América.

puedan visualizar las expresiones ahí vertidas. WhatsApp posibilita una mayor restricción a la publicidad de las conversaciones, salvo que se realice una captura de pantalla y se difunda por la diversidad de mecanismos que la internet permite. Además, la comunicación por la plataforma de WhatsApp es más directa entre los estudiantes. Se forman grupos en esta aplicación de mensajería instantánea para estar más coordinados sobre las indicaciones del profesor y sus adjuntos o asistentes de clase. El profesor no participa de estas plataformas, por reglamento y como medida de seguridad ante la posibilidad de que surja algún caso de acoso.

La pandemia y la cuarentena establecida por el Gobierno del país estableció un cambio radical en el espacio de clase: ya no eran las aulas de la facultad los espacios físicos donde se desarrollaban las materias, sino las residencias de los profesores y estudiantes. Ya no son las pizarras y sillas los objetos desde donde la interacción principal se da entre profesores y estudiantes, sino los aparatos electrónicos con pantalla, audio, video y conexión a internet los que posibilitan esta interacción. Se pierde la visualización directa entre los principales actores del proceso educativo: ahora esta es mediática. Sin los medios de comunicación, esta interacción se haría imposible, y ese fue el mayor temor de la facultad: la ausencia de los medios, lo cual imposibilitaría la conexión digital entre los profesores y los alumnos. Aquí se aprecia, aunque incipientemente, la importancia de la internet para el desarrollo del conocimiento jurídico. Esta idea requiere ser demostrada en una investigación más profunda que podría confirmar el desarrollo del derecho peruano que históricamente está pasando de una etapa escrita en soporte material a otra esencialmente digital que ahora podría consolidarse.<sup>2</sup>

En resumen, la pandemia del COVID-19, además de obligarnos a trasladar la investigación a un campo esencialmente digital, también nos desplazó a un contexto de incertidumbre no solo en salud pública —contexto generalizado a nivel mundial— sino del desarrollo educativo en las facultades de derecho. La sensación de incertidumbre en la Facultad de Derecho, según los informantes y lo que se evidenció en redes sociales y plataformas de mensajería, fue generalizada. Así, la semana de inducción funcionó como una prueba de lo que serían las dinámicas en la educación virtual durante el confinamiento. Esta primera experiencia fue útil en razón del aprovechamiento y dedicación que los profesores le dieron en sus determinadas

---

2 Al respecto, véase Ramos Núñez (2014). Aunque originalmente publicado en el año 2000, este trabajo podría reconocerse como precursor de un fenómeno que actualmente no podría discutirse, en razón a la cada vez mayor preponderancia de la tecnología para el desarrollo del derecho. Ramos ya habría puesto, desde el año 2000, el énfasis en el hipertexto como un fenómeno de la posmodernidad y los avances tecnológicos que también se reflejaba en el desarrollo del derecho contemporáneo. Lamentablemente, los estudios dogmáticos de teoría del derecho en el Perú no han profundizado en la importancia del hipertexto y los enlaces (*links*) de internet en la práctica de los operadores jurídicos. Personalmente considero que no solo el derecho peruano, sino, por lo menos, la tradición jurídica romana germánica (*Civil law*), ha dejado atrás la lógica jurídica que inspiró los procesos codificados europeos iniciados a finales del siglo XVIII, para pasar a una lógica de dispersión normativa (no exclusivamente legislativa) en el espacio digital que favorece los procesos de transnacionalización del derecho del cual hablan los historiadores del derecho contemporáneos como Thomas Duve, director del Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo (Frankfurt, Alemania). Esta idea se podrá desarrollar en un trabajo posterior.

clases y las posibilidades de interacción de los estudiantes. El primer acercamiento es importante pero no definitivo. La distancia física lo hizo, sin lugar a dudas, más extraño pero novedoso para ambas partes.

#### **4. Los hallazgos: la educación jurídica en transición**

En este apartado expondré los cinco principales hallazgos preliminares que —hasta la novena semana de campo y undécima de trabajo de investigación— destacamos como los más importantes y en los que he encontrado cierta constancia para determinar las dinámicas alrededor de las dos preguntas de investigación: ¿cómo se relacionan los alumnos en el proceso de aprendizaje del derecho?, y ¿cómo se relacionan en razón a su desempeño en la carrera (como estudiantes, practicantes, estudiantes, asistentes y adjuntos de docencia) y su interacción con los profesores?

##### **a. Los espacios de interacción**

Son digitales y esencialmente tres plataformas: la aplicación audiovisual para videoconferencias masivas Zoom, la plataforma de enseñanza virtual de la PUCP Paideia, y el WhatsApp. Cada uno con sus particularidades. Mientras la primera permite la interacción sincrónica y en tiempo real entre el profesor y los estudiantes, la segunda no hace posible una similar entre estudiantes y profesor, sino que la interacción se da esencialmente entre los estudiantes y los recursos de la plataforma. La desventaja de Paideia es que no resulta interactiva para los estudiantes y los foros parecen no funcionar en algunos cursos. El WhatsApp, por su parte, es la plataforma más directa y eficiente de comunicación e intercambio de información entre los estudiantes; se destaca la ausencia del profesor, lo que permite que tengan una mayor libertad para expresar sus inquietudes y hacer consultas, esencialmente administrativas, sobre el curso a sus compañeros. Esta última plataforma, en comparación con las anteriores, parece ser la más dinámica gracias a la informalidad que existe en ella, pues no es una herramienta oficial del dictado de clase. Paradójico.

##### **b. La cámara web: un instrumento para ingresar a la cotidianidad**

Para los profesores, las cámaras web en este período de cuarentena se volvieron herramientas muy necesarias, incluso más que los propios textos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios. Aun cuando inicialmente el requerimiento del uso de las cámaras web se ideó para su empleo por las dos partes, esta se hizo necesaria esencialmente para los profesores. Muchos alumnos no activaron su cámara. Esto generó una especie de desconcierto general en las primeras sesiones de los profesores, quienes no estaban acostumbrados a dar clases a pantallas, sino a rostros humanos. Una característica que me parece importante destacar es que, sin lugar a dudas, la cámara permite ingresar a la cotidianidad del hogar, del lugar de residencia que se considera parte del espacio privado e íntimo de los profesores y los estudiantes. Esto resulta hasta revolucionario en el sentido de que quiebra la imagen del profesor



con la vestimenta formal del ejercicio de su profesión y con su ubicación dentro del espacio más importante del aula: la pizarra. Ahora el profesor se encuentra en su espacio acondicionado de trabajo docente dentro de su residencia, y los estudiantes también. Diversos espacios físicos se interconectan digitalmente y la pizarra deja de ser el espacio más importante de la clase, para pasar a serlo las pantallas de cada uno. Ello también permite que ciertos acontecimientos no esperados ocurran: el ingreso de una mascota, los nietos o hijos menores que, corriendo pueden ir a abrazar al profesor y este reaccionar cariñosamente con estos niños o sus parejas, que también pueden aparecer ocasionalmente. Esto último resulta totalmente revolucionario para una dinámica de enseñanza jurídica centrada en la formalidad y aislamiento del mundo exterior a través de las paredes del aula. La interrupción o también irrupción se presentan como situaciones que pueden romper las férreas barreras de jerarquía y distancia entre el profesor y los estudiantes, preestablecidas al inicio de las clases virtuales, y muy probablemente reforzadas en clases presenciales. Sin embargo, esto resulta una desventaja para el profesor que no maneje muy bien esta herramienta, como ocurrió por lo menos en un caso.

### **c. La introducción de un lenguaje informal escrito y emoticones**

Un importante hallazgo de esta investigación es la introducción al aula digital en Zoom de un lenguaje informal y emoticones, algo ya cotidiano en la escritura en mensajería instantánea. Se quiebra el predominante lenguaje formal de los salones de derecho, la participación así ya no es necesariamente oral sino también se da de manera escrita y menos formal, sin que esto represente una falta de respeto al profesor, pero sí aligera la tensión que evidentemente existe en una relación de jerarquía. Esto tampoco resulta una completa novedad en virtud de que para nadie es un secreto que uno no se expresa en los mismos términos en ámbitos distintos como el trabajo, el litigio, los documentos formales, los eventos académicos, el salón de clase, y más aún, en contextos informales. El lenguaje y la comunicación escrita permiten que otros alumnos no acostumbrados a participar oralmente se puedan expresar y comunicar con el profesor sin el temor a «hablar mal». Por su parte, los emoticones permiten ilustrar gráficamente lo que con palabras y sin visualidad corporal puede ser difícil expresar, como por ejemplo las emociones.

### **d. La dinámica e interacción de la clase: un deber acentuado por el confinamiento**

El principal deber del profesor de derecho es mantener su clase dinámica y generar espacios y tiempos de interacción. Lo anterior es algo que no ha cambiado con esta pandemia y, por el contrario, se ha acentuado. El rol del profesor de derecho es mayor que el de los docentes de otras disciplinas académicas no vinculadas a las ciencias exactas. Esto en razón de que el lenguaje del derecho es mucho más técnico, procedimental y formalista que otras disciplinas de las ciencias humanas y ciencias sociales, y este tipo de lenguaje no es aquel en el que cotidianamente se comunican los estudiantes contemporáneos (aunque probablemente tampoco lo fue en décadas

anteriores). El método activo en el que los alumnos leían previamente las lecturas y los profesores las profundizaban y respondían a las preguntas que surgen en clase a partir de ellas se ve poco a poco desplazado por la información audiovisual que resulta abundante y fácil de acceder desde la internet. A diferencia de años y décadas anteriores, cuando las lecturas eran las principales fuentes de información y el acceso a ella estaba bastante restringido, en la actualidad eso ya no es así.

Esto, antes que un hallazgo, es más bien una característica que, desde mi personal perspectiva, le debe importar prioritariamente a la educación jurídica al entender el derecho como una disciplina marcadamente relacional. No obstante ello, se presenta preliminarmente como un hallazgo en tanto un espacio cerrado, claramente delimitado y destinado para ser el aula de clase ya no existe y, por lo tanto, se requiere que el profesor procure concentrar la mayor atención de los alumnos. Esto se complica más si la conectividad se pierde o es de baja calidad, con lo cual el estudiante puede perder la ilación de la explicación del profesor. La grabación de la clase puede apoyar a que si se pierde una parte se pueda revisar luego, pero los informantes han señalado que las grabaciones virtuales no han cumplido eficientemente con esa finalidad, pues volver a revisarlas implica disponer de una extensión de tiempo que, aunada a una carga de lecturas bastante pesada, suele ser poco eficiente.

Por ello, es responsabilidad y deber del profesor seleccionar las mejores y más accesibles lecturas para los alumnos con la finalidad de que transmitir un conocimiento no repetitivo ni expresado en la lectura, sino uno crítico de ella. El estudiante puede recurrir a las posibilidades de acceso a la información que tiene la internet, pero no podrá desarrollar un sentido crítico si no tiene la guía acertada del profesor. En el derecho, esta responsabilidad y deber resulta primordial, más necesario y urgente para repensar nuestro rol como operadores jurídicos en una sociedad que ha perdido confianza en las instituciones, autoridades, operadores jurídicos, y que desconoce sus derechos y obligaciones. Sobre el rol de los operadores jurídicos no profundizaré en esta oportunidad, pero resulta importante volver a reflexionar sobre ellos, más aún en un futuro contexto pospandemia, en vista de que es fundamental conocer cuál es el rol que se inculca e inculcará en ellos a través de la formación universitaria, primer escalón preprofesional.

#### **e. El problema de la conectividad**

Este quinto hallazgo está vinculado a la principal herramienta de la educación jurídica en tiempos de confinamiento a causa de la pandemia: la conexión de internet. El no tener conexión a la red quebrará cualquier intento de desarrollar una clase de derecho dinámica e interactiva. La pérdida de conectividad se refleja en la pérdida de tiempo en buscar tenerla o recuperarla, pérdida de oportunidad de acceder a la transmisión del conocimiento en tiempo real en el que los profesores y los estudiantes se involucran. La atmósfera que tiene la universidad y, más aún, la que un campus como el de la PUCP transmite, es sin lugar a dudas una sensación de conexión con el mundo y ambiente académico; esto lamentablemente se pierde, en mayor o menor cantidad, en las clases digitales.

La sincronizada y concordancia espacio-temporal resulta vital para la educación jurídica. Las plataformas digitales nunca van a poder reemplazar al profesor, porque el profesor, con su experiencia y vivencia profesional, enriquecerá el conocimiento jurídico que existe no solo en él, sino también en libros, bibliotecas virtuales y otras fuentes. Cuando hago referencia a la conectividad no me refiero exclusivamente a la digital, sino también a la contextual, que va a generar una atmósfera de transmisión del conocimiento que solo un abogado con vocación docente podrá transmitir. En este sentido, la conectividad estará vinculada necesariamente a los otros cuatro hallazgos anteriores. En este caso de confinamiento, la conectividad cobra la mayor importancia para la educación jurídica, ya que los alumnos ya no asisten a clase, sino se conectan a ella. Si se pierde la conectividad, se pierde la clase.

Es importante que el proceso pedagógico jurídico se exprese en constante conexión ante la ausencia de un espacio físico que facilite esta atmósfera. Los alumnos pueden perder fácilmente la conexión o atención a la clase, o simplemente no mantenerla si no es interesante. En sus hogares, los estudiantes no tienen encima los ojos expectantes del profesor; por ello, mantener apagada la cámara en relación con la conexión refleja que —más allá de la simple idea de no querer mostrar su imagen— desean mantenerse en la sombra, expectantes de lo que el profesor les pueda ofrecer, pues tiene la «luz» del conocimiento que esperan recabar; de ahí la especial importancia de su cámara. Si el profesor no logra conectar con ellos, ellos simplemente se pondrán a hacer cualquier otra cosa que les llame más la atención, cosa que resulta prácticamente imposible con las clases presenciales. El rol de los adjuntos y asistentes de docencia será central para lograr esta conectividad, pero sobre su labor se profundizará al concluir la investigación etnográfica en agosto de 2020.

## **5. Comentarios finales a los hallazgos preliminares**

El inesperado acontecimiento de la pandemia influyó determinadamente en la dinámica de esta investigación etnográfica que tuvo que cambiar radicalmente su campo de uno físico a uno esencialmente digital. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para desarrollarla y, por el contrario, nos ha permitido apreciar la importancia de espacios no físicos que ya eran importantes antes de la pandemia para la educación jurídica. Así, el cambio brusco, imprevisto y obligado que generó este confinamiento por pandemia nos mostró la posibilidad de generar un espacio de convivencia donde lo académico ingresa a lo cotidiano y viceversa. Las jerarquías parecen difuminarse un poco en el espacio virtual, mientras las distancias físicas, ahora bastante considerables, desaparecen en un espacio digital que, si logra la conectividad esperada (y no solo meramente de la internet), generará que las dinámicas de interacción en el proceso enseñanza-aprendizaje del derecho mantengan una calidad similar a las presenciales, pero si no se logra la conectividad podrá ser un estrepitoso fracaso. En este contexto, la responsabilidad y deber del profesor es mayor y, por ello, la vocación será vital. La ausencia de esta en un contexto como la pandemia no solo será perjudicial para los alumnos, sino también para la institución Universidad que los contiene.

El avance de esta investigación (ya en una etapa intermedia) me ha ayudado a ver algunas luces para absolver la primera pregunta principal de investigación, la cual por el momento no puedo responder aún. Respecto a la segunda pregunta, aún no tengo mayores luces en esta primera etapa de lo avanzado; por lo tanto, el determinamiento, rigurosidad y aplicación de las estrategias para la observación etnográfica requieren una reflexión destinada a procurar hallar una respuesta sólida y un diagnóstico verificable y no especulativo. Finalmente, quiero concluir este artículo con un llamado a la reflexión sobre el desarrollo del Derecho en el Perú como disciplina académica con aptitud científica (que al menos en este país resulta lamentablemente escasa). Como abogados, ¿hemos aprovechado la parálisis de la pandemia para reflexionar sobre ello?; o, más bien, ¿hemos repensado estrategias para mantenernos en un mercado profesional que ahora no parece requerir tanto de nosotros y de lo que aprendimos en la Universidad?

## **Referencia**

Ramos Núñez, Carlos (2014). Codificación, tecnología y postmodernidad: la muerte de un paradigma. Arequipa: Legisprudencia.pe.



ISBN: 978-612-4440-13-7



9 786124 440137