

LIBRO DE PONENCIAS DEL V
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre
Alfredo Bullard Gonzalez
Günther Gonzales Barrón
Óscar Escate Cabrel
Roger Vidal Ramos
Daniel Ugarte Mostajo
Emilio José Balarezo Reyes
Guillermo Andrés Chang Hernández

Libro de Ponencias del Vº Congreso Nacional de Derecho Civil



INSTITUTO PERUANO
DE DERECHO CIVIL

BIBLIOTECA DEL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima - 2010

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Silvia Pareja Zarate
Alan Berrospi Acosta	José Castillo Bocanegra
Jessica López Casas	Melch Núñez Vera
Rocío Paredes Cueva	Emilio Balarezo Reyes
Christian Carrera Balta	Sheila Vidal Ramos
Emely Melendres Gavilán	Daniel León Estrada

MIEMBROS ASOCIADOS

Ariana Delgado Pinedo	Víctor Céspedes Guzmán
Augusto Gárate Abat	Fernando Jump Figueroa
Guillermo Chang Hernández	Silvia Delgado Vásquez
César Romero Azabache	Fernando Chávez Rosero
Jhúnior Pasapera Bardales	Laura Vasquez Chapa
Cesar Cortéz Perez	Eloy Calderón Villanueva
Marco Carmona Brenis	Katherin Carbonell Juárez

MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gastón Fernández Cruz
Jorge Avendaño Valdez	Rómulo Morales Hervias
Mario Castillo Freyre	Leysser León Hilario
Fernando de Trazegnies Granda	Mario Reggiardo Saavedra
Fernando Vidal Ramírez	Jorge Beltrán Pacheco

LIBRO DE PONENCIAS DEL V CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición, agosto 2010

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador

© Copyright: INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL
Jr. Jose de la Torre Ugarte N° 368 – Lince – Lima.
Telfs. 01 - 4401629 / 01 – 6886240
ipdc@ipderechocivil.com – www.ipderechocivil.com – www.conadecivil.com

© Copyright: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 – Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com – www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación: GRANDES GRAFICOS S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 – Perú
Diagramación: Elizabeth Ana Cribillero Cancho
Diseño de carátula: Iván Larco

HECHO EL DEPOSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2009- 06905

Proyecto editorial N° 31501220900369

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Presentación

Roger Vidal Ramos	7
-------------------------	---

Prologo

Mario Castillo Freyre	9
-----------------------------	---

Felipe Osterling Parodi

<i>Resolución por incumplimiento, penas obligacionales y fraude a la ley</i>	11
--	----

Mario Castillo Freyre

<i>25 años del Código Civil</i>	25
---------------------------------------	----

Alfredo Bullard Gonzalez

<i>Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil.....</i>	59
---	----

Günther Gonzales Barrón - Óscar Escate Cabrel

<i>¿Se puede inscribir la resolución de contrato por la sola declaración del acreedor? Y, además, una radical crítica a un sector doctrinal que sigue anclado en ideas comunes.....</i>	97
---	----

Roger Vidal Ramos

<i>Los recursos naturales y los derechos reales</i>	131
---	-----

Daniel Ugarte Mostajo	
<i>Autonomía privada y cláusulas vejatorias en el Código Civil.....</i>	147
Emilio José Balarezo Reyes	
<i>La importancia de la reserva de los resultados médicos y el derecho a la intimidad</i>	
<i>Un análisis desde el Derecho Médico y los artículos 14 y 16 del Código Civil</i>	
<i>peruano de 1984.....</i>	171
Guillermo Andrés Chang Hernández	
<i>la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: alcances de su</i>	
<i>responsabilidad objetiva</i>	183

PRESENTACIÓN

Es una satisfacción para cada uno de los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil presentar a la comunidad jurídica nacional, nuestra segunda publicación institucional, titulada *Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*, texto que representa un denodado esfuerzo académico y organizacional que acontece en el más importante Congreso Nacional de Derecho Civil en el Perú.

Dicho evento constituye el escenario académico donde renombrados y jóvenes profesores del Derecho Civil peruano viene generando importantes aportes y experiencias del desarrollo y evolución del Derecho Civil, desde la óptica nacional e internacional. Asimismo, no podríamos dejar de mencionar el espíritu investigador y la cada vez más versada participación de los estudiantes de Derecho en el *Concurso de ponencias estudiantiles*, que con gran júbilo podemos manifestar que muchos de los alumnos que disertaron diversos temas en el Congreso, en la actualidad se encuentran ejerciendo la cátedra en las principales universidades del Perú.

El V Congreso Nacional de Derecho Civil se llevó a cabo del 25 al 27 de junio de 2009, en la ciudad de Arequipa, y fue organizado en conjunto con la Universidad Católica San Pablo, teniendo el respaldo de su Decano, el doctor Carlos Gómez de la Torre Rivera, así como también contamos con el apoyo incondicional del doctor Gustavo de Vinatea Bellatín, de la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

Durante estas tres jornadas participaron los doctores Felipe Osterling Parodi, Fernando Vidal Ramírez, Mario Castillo Freyre, Fernando de Trazegnies Granda, Gastón Fernández Cruz, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Leysser León Hilario, Jorge Beltrán Pacheco, Freddy Escobar Rozas, Rómulo Morales Hervias, Mario Reggiardo Saavedra, Enrique Varsi

Rospigliosi, Francisco Carreón Romero, Carlos Polanco Gutiérrez, Carlos Rodríguez Martínez, Daniel Ugarte Mostajo, Javier Armaza Galdós y Virginia Aquize Díaz.

Finalmente, nos queda expresar nuestro agradecimiento a los distinguidos expositores del Congreso, a las diferentes delegaciones estudiantiles, abogados, colaboradores y miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, por el enorme esfuerzo en la organización y su participación en el Congreso. De igual manera, renovamos nuestro compromiso de seguir contando con un testimonio escrito de los debates y exposiciones del Congreso, en la próxima edición del VI Congreso Nacional de Derecho Civil, 2011.

Lima, agosto del 2010

ROGER VIDAL RAMOS

Presidente

Instituto Peruano de Derecho Civil

PRÓLOGO

El año pasado tuve el gusto de prologar el Libro de Ponencias del IV° Congreso Nacional de Derecho Civil, que se realizó en la ciudad de Trujillo en el año 2008.

Participar en ese evento, fue muy emocionante dada la calidad de los expositores y el altísimo número de asistentes (más de 2,000).

En el año 2009 tuvo lugar el V° Congreso Nacional de Derecho Civil, el mismo que se desarrolló en la hermosa ciudad de Arequipa y congregó una cantidad igualmente multitudinaria de asistentes y un grupo muy importante de expositores.

En esta ocasión me cabe el honor de prologar el Libro de Ponencias del referido congreso, el mismo que recoge algunas de las ponencias que se pronunciaron en el mismo.

Así, tenemos el trabajo del profesor Felipe Osterling Parodi, titulado *Resolución por incumplimiento, penas obligacionales y fraude a la ley*.

También contamos con el valioso trabajo del profesor Alfredo Bullard González, *Cuando las Cosas hablan, El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la Responsabilidad Civil*.

Los profesores Gunther Gonzales Barrón y Óscar Escate Cabrel, escriben acerca de si *Se puede inscribir la resolución de contrato con la sola declaración del acreedor*.

Por su parte, el doctor Roger Vidal Ramos, quien a su vez es el motor de la organización de todos estos Congresos de Derecho Civil, escribe acerca de *Los recursos naturales y los Derechos Reales*.

El profesor Daniel Ugarte Mostajo aborda un tema muy importante dentro del Derecho de Contratos, el relativo a la *Autonomía privada y Cláusulas Vejatorias en el Código Civil*.

Esta obra también cuenta con el trabajo del doctor Emilio José Balarezo Reyes, referido a *La importancia de la reserva de los resultados médicos y el derecho a la intimidad. Un análisis desde el Derecho Médico y los artículos 14 y 16 del Código Civil Peruano de 1984*.

Finalmente, esta obra contiene el trabajo del doctor Guillermo Andrés Chang Hernández, el mismo que lleva por título *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: alcances de su responsabilidad objetiva*.

Este libro se publica pocos días antes de la realización del VI° Congreso Nacional de Derecho Civil, el mismo que tendrá lugar en la ciudad de Piura los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2010, evento que, estoy seguro, será todo un éxito, en beneficio del Derecho Civil y del medio académico y profesional peruano en su conjunto.

En ese sentido, felicito a los organizadores, les reitero mi agradecimiento por haberme permitido prologar esta obra y les deseo el mayor de los éxitos.

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Mario Castillo Freyre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre, profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

Resolución por incumplimiento, penas obligacionales y fraude a la ley

*Felipe Osterling Parodi**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La necesaria comunicación escrita para la eficacia de la resolución de pleno derecho. – 3. La resolución contractual y el cumplimiento de la obligación como alternativas excluyentes. – 3.1. La nulidad del pacto. – 3.2. Las cuotas no vencidas como penalidades. – 3.3. El fraude a la ley. – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La resolución contractual se presenta como el principal remedio frente al incumplimiento o al retardo en la ejecución de las prestaciones. En tal sentido, la evolución de la técnica contractual y la complejidad que reviste el diseño

* Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio. Socio Principal del Estudio Osterling S.C. Profesor Principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ministro de Estado en la cartera de Justicia. Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

de las operaciones comerciales ha influido necesariamente en la concepción de los “nuevos modelos” de cláusulas resolutorias, más aun cuando nos encontramos ante un supuesto de cláusula resolutoria expresa.

Ahora bien, como quiera que la cláusula resolutoria expresa, otorga la facultad de desvincularse del contrato de manera inmediata, su redacción en las nuevas estructuras contractuales se muestra con una marcada inclinación a favor del acreedor. Con este objetivo, es posible advertir que los contratos incorporan cada vez con mayor rigor cláusulas resolutorias expresas, que permiten desvincularse del contrato por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de él derivadas, sin advertir que, por su propia naturaleza, dicha cláusula se activa por incumplimientos específicos, establecidos con toda precisión.

Pero, adicionalmente, se advierte que las consecuencias que dichas cláusulas establecen para la resolución, son manifiestamente desproporcionadas en relación al daño que podría derivarse del incumplimiento que origina la resolución. En efecto, si bien la norma sustantiva admite la posibilidad de exigir el pago de una indemnización como consecuencia de la resolución, dicha indemnización debe guardar correlación con los daños realmente experimentados.

Ante este panorama, en el presente trabajo nos hemos propuesto volver sobre los conceptos fundamentales de la resolución contractual a efectos de analizar algunos aspectos vinculados a la resolución de un contrato y sus consecuencias, a la luz de las normas imperativas que regulan la resolución contractual por incumplimiento — así como la indemnización que de ella podría derivarse — en el Código Civil.

2. LA NECESARIA COMUNICACIÓN ESCRITA PARA LA EFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO

La posibilidad que tienen las partes para resolver un contrato de pleno derecho constituye un supuesto regulado y permitido por nuestra legislación. Así, el artículo 1430 del Código Civil establece que «puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión». Se trata de un supuesto en virtud del cual las partes han convenido en la posibilidad de declarar resuelta extrajudicialmente la relación obligacional que las vincula, evitando así el costoso trámite de acudir a los tribunales, a fin de obtener similar resultado.

El mismo precepto agrega, en su segundo párrafo, que «la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada *comunica* a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria». Sin embargo, día a día encontramos cláusulas contractuales donde las partes han estipulado que para la

resolución de pleno derecho bastará con el mero *envío* de la carta resolutoria, siendo ésta efectiva no desde su entrega al destinatario (como lo indica el precepto) sino desde su *emisión*.

Aquí resulta evidente que nos encontramos ante una abierta discrepancia entre lo dispuesto por el artículo 1430 y el pacto contractual. Esta diferencia sería irrelevante si se tratara de una norma dispositiva con la función de suplir el eventual silencio de las partes contratantes, la misma que resultaría inaplicable si éstas adoptan un acuerdo diferente al previsto legislativamente. Sin embargo, la incompatibilidad entre el pacto y la norma adquiere importancia cuando nos encontramos frente a un precepto cuyo propósito es tutelar un bien jurídico de relevancia para la sociedad, de forma tal que la posibilidad de que las partes puedan pactar en contrario al mandato legal estaría proscrita, en atención a la naturaleza imperativa de la regla de Derecho.

Bajo este razonamiento, se hace necesario establecer algunos criterios para identificar cuándo nos encontramos ante un precepto imperativo.

Así, no existe dificultad para identificar una norma imperativa, cuando el propio precepto sanciona con la nulidad a cualquier negocio jurídico que la vulnere. Para ello, el artículo 219 del Código Civil prevé en su numeral 7) que «el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo».

En otros supuestos, aun cuando la ley no sanciona con nulidad la inobservancia del mandato legal, fluye implícitamente que tal sanción será aplicable. Así, por ejemplo, cuando en el dispositivo se hace referencia a un «deber» o a una «prohibición» de realizar o evitar una conducta, es evidente que estamos frente a preceptos creados en atención a un interés de orden público y que su inobservancia será reprochable por la sociedad. En estos supuestos nos encontramos ante nulidades conocidas en la doctrina como tácitas o virtuales, las que son sancionadas como tales por el artículo V¹ del Título Preliminar del Código Civil, así como por el numeral 8) del artículo 219² del mismo ordenamiento.

Adicionalmente, dentro de las nulidades implícitas o virtuales, también se encuentran aquéllas que establecen las condiciones de validez de un determinado acto o situación jurídica, de forma tal que ante la ausencia de una de estas condiciones, la nulidad será la consecuencia irremediable. Por lo general, este tipo de normas son declarativas y no contienen referencias a un «deber» o «prohibición» de realizar u omitir una conducta; menos aún tienen establecida expresamente la sanción de nulidad en caso de inobservancia; sin

1 Artículo V.- «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

2 Artículo 219, numeral 8).- «El acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca una sanción diferente».

embargo, son nulas porque, al igual que en los casos citados, tienden a cautelar aspectos que interesan al orden público a través de la determinación de los elementos de validez del supuesto regulado. Con relación a las nulidades virtuales, Ripert y Boulanger³ indican lo siguiente:

[...] se quiere decir con eso que la nulidad existe solamente porque no han sido respetadas las prescripciones legales en la suscripción del contrato. La ley no da la lista de los casos de nulidad; es excepcional que se preocupe de decir que la regla debe ser respetada «bajo pena de nulidad». El método del legislador es diferente: fija las condiciones de validez del contrato. Se incurre en nulidad cuando falta una de esas condiciones.

En nuestra opinión, es bajo ese marco de nulidades tácitas o virtuales que está proyectado el segundo párrafo del artículo 1430. La norma se concibe como protección de valores que interesan al orden público y, como tal, establece las condiciones de validez de la resolución de pleno derecho, de forma tal que no admite pacto en contrario. Es indisponible.

En efecto, el propósito fundamental del dispositivo materia de análisis es la protección del deudor en la relación obligatoria, brindándole carácter *recepticio* a la comunicación que tiene por objeto la resolución de pleno derecho de un acuerdo determinado. Sobre el particular, Sacco⁴ —en opinión previamente asumida por Renato Scognamiglio—⁵ considera que la comunicación es, en esencia, un acto *recepticio*, esto es, que «la declaración es necesaria, no sólo para producir la resolución, sino también para impedir el cumplimiento tardío».

3 RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil. según el Tratado de Planiol*. Buenos Aires: La Ley, vol. I, tomo IV, p. 415. En este sentido, el profesor Marcial Rubio cita el ejemplo del matrimonio civil, definido en el artículo 234 como «[...] la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común [...]». Como se observa, el precepto no establece que el matrimonio «debe» realizarse entre un varón y una mujer. Tampoco «prohíbe» el matrimonio entre personas del mismo sexo. De igual modo, se omite una sanción expresa de nulidad a aquellas uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo. Pero, difícilmente encontraremos a una persona dispuesta a sostener que en atención a que ninguno de estos supuestos se ha verificado, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo puede ser válida en nuestro país. La razón es sencilla. El artículo 234 dispone cuáles son las condiciones de validez del matrimonio civil, de forma tal que la ausencia de una de ellas generará la nulidad del acto matrimonial. RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 21.

4 SACCO, Rodolfo. «La resolución por incumplimiento». En *Estudios sobre el contrato privado en general*. Lima: ARA Editores, 2003, pp. 911 y 912.

5 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 272.

Abundando en lo anterior, Hugo Forno⁶ considera que «las declaraciones *recepticias* son aquéllas que están dirigidas a un destinatario o a destinatarios específicos y predeterminados por el declarante porque sólo frente a tales destinatarios tiene relevancia la declaración de que se trate. En consecuencia, a diferencia de las declaraciones no *recepticias* (es decir, las que están destinadas a un conjunto de personas no determinadas o al público en general), las primeras producen efectos jurídicos desde que llegan a la dirección del destinatario a menos que éste pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de conocer la declaración cuando ésta llegó a su destino. La lógica que se encuentra detrás de estas disposiciones es atender el interés del destinatario de una declaración que sólo a él le interesa, de modo que los efectos, sobre todo los desfavorables o desventajosos, no se desencadenen en su esfera jurídica si no toma primero conocimiento de que ello ocurrirá o si, por lo menos, no tiene oportunidad de informarse”.

Las declaraciones *recepticias* han sido reguladas por el artículo 1374 del Código Civil, el cual establece que las declaraciones contractuales —lo cual sin duda incluye a la comunicación de resolución contractual— dirigidas a determinada persona «se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario».

Lo expuesto es concordante con el sistema de resolución contractual adoptado por nuestra tradición. Sobre este punto, Di Majo⁷ sostiene que “el sistema del conocimiento ha sido considerado como el más adecuado a la lógica jurídica, porque no se puede admitir que un sujeto quede obligado voluntariamente sin tener conocimiento de la existencia del vínculo. [...] Sin embargo, se ha considerado que lo relevante para efectos de generar la presunción de conocimiento es el arribo de la declaración a la esfera de conocibilidad del destinatario, de forma tal que éste se encuentre en condición de conocer la aceptación; el efecto de ello es que sólo la mediación de una fuerza mayor podría desvirtuar la presunción».

La aplicación de este régimen a la comunicación de resolución contractual de pleno derecho es plenamente justificada y razonable, toda vez que respeta el beneficio del plazo que se otorga a la parte que incumple. En efecto, de acuerdo con este principio, el plazo siempre juega a favor del deudor. De este modo, aun cuando se hubiese expedido el documento por el cual se declara la resolución del contrato, el destinatario de dicha comunicación tiene a su favor el tiempo que ésta demore en llegar a su destino, a

6 FORNO FLÓREZ, Hugo. «El plazo esencial y la tutela resolutoria». En *Estudios sobre el contrato privado en general*. Lima: ARA Editores, 2003, pp. 955 y 956.

7 DI MAJO, Adolfo. «La celebración del contrato». En *Estudios sobre el contrato privado en general*. Lima: ARA Editores, 2003, pp. 201 y 202.

efectos de cumplir con la prestación a su cargo. Es por ello que esta declaración “sirve para impedir que la cláusula obre mecánicamente y salvaguarda al cumpliente de la desventaja de la resolución automática en los casos en que desapareciese su interés en tal resolución y subsistiese el interés en el cumplimiento, aunque fuese tardío; la falta de declaración sirve precisamente para tal objeto. Además, antes que el derecho habiente declare que quiere valerse de la cláusula resolutoria, el deudor está siempre en condiciones de purgar la mora y, por lo tanto, de cumplir tardíamente».⁸

No sólo la doctrina mayoritaria sino también la jurisprudencia nacional se han pronunciado a favor del carácter *recepticio* del acto por el cual se ejerce la resolución de pleno derecho. Así, mediante Sentencia Casatoria n.º 3241-2000, proveniente del Callao, de fecha 1 de agosto de 2001, la Corte Suprema estableció que «la resolución del contrato de compra-venta del inmueble sub litis se produjo mediante carta notarial, la misma que fue dirigida al mencionado inmueble y no en el domicilio contractual del recurrentepreciado en la introducción del contrato, y que consecuentemente, dicha carta notarial no habría surtido efecto legal alguno por cuanto fue remitida a domicilio distinto al convenido en la cláusula decimocuarta, habida cuenta que la resolución del contrato sólo opera si previamente se comunica a la otra parte la intención de ejecutar la cláusula resolutoria». (Subrayado agregado).

De la sentencia citada se aprecia la opinión de nuestra judicatura en el sentido que la resolución de pleno derecho debe ser comunicada; pero no basta con la mera comunicación, pues para que la resolución surta efectos debe estar en condición de ser conocida por su destinatario. De ahí que en el caso materia de pronunciamiento de la sentencia, la Corte Suprema haya establecido con buen criterio que la resolución del contrato no llegó a operar porque la carta notarial fue remitida a un domicilio diferente.

Sobre la base de lo expuesto, es posible determinar con claridad meridiana que la resolución contractual expresa sólo se verifica en tanto la parte interesada declare a la otra su voluntad de valerse de la cláusula resolutoria convenida, esto es, que quiera ejercitar el derecho de resolución. La comunicación debe ser inequívoca y fehaciente. Si, por el contrario, la declaración no se hace, ello debe interpretarse como que la parte que tiene derecho a su aplicación renuncia a valerse de la resolución y, así, tanto el derecho como el deber de cumplimiento de las partes subsisten en plenitud.⁹

8 MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, tomo II, p. 351.

9 BARREIRA DELFINO, Eduardo. *Leasing Financiero*. Buenos Aires: Roberto Guido Editor, 1996, tomo II, p. 87.

Por consiguiente, el carácter *recepticio* de la comunicación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil, constituye una condición para la validez de la cláusula resolutoria pactada por las partes y asegura el derecho que corresponde al deudor de cumplir la prestación a su cargo al menos de forma tardía, en tanto no le sea comunicada la decisión del acreedor de resolver el acuerdo; derecho que sería eliminado si la oportunidad en que opera la resolución se traslada a una fecha anterior al momento en que la resolución es efectivamente conocida por el deudor.

Por otro lado, además de la limitación descrita en el párrafo que antecede, debemos tener presente que, por su propia naturaleza, toda resolución contractual por incumplimiento genera consecuencias económicas de responsabilidad de la parte infractora. En este sentido, al convenirse que la resolución surtirá efectos antes de que la parte presuntamente infractora conozca de la decisión de su acreedor, se colocaría al deudor en la obligación de afrontar consecuencias de una resolución contractual que le es desconocida.

No perdamos de vista que el ordenamiento legal y la práctica contractual a menudo pretenden imponer como obligaciones derivadas de la resolución, la restitución de la prestación y el pago de las cuotas vencidas y por vencerse, además de los intereses y penalidades pactados. Evidentemente, la magnitud de las obligaciones que pueden derivarse de la resolución contractual exige que el sujeto pasivo de dicha resolución tome pleno conocimiento de tal decisión como condición previa para su eficacia.

Como se advierte, el segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil, tutela de manera preferente los intereses del deudor, tanto respecto del cumplimiento de las prestaciones a su cargo (la posibilidad del cumplimiento tardío), como sobre la determinación de los alcances de la responsabilidad que le correspondería como consecuencia de la resolución (las obligaciones de restitución o resarcimiento).

En el Código Civil existen numerosos ejemplos de preceptos imperativos que tienen como propósito la protección de los intereses del deudor, como es el caso de la prohibición del pacto comisorio en las garantías reales; la prohibición del anatocismo; las regulaciones propias de las cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión, etc. El segundo párrafo del artículo 1430 del Código Civil pertenece a normas de esta naturaleza, en las cuales la sociedad tutela y garantiza un trato equitativo al deudor en la relación obligatoria.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de un pacto adoptado por las partes de una relación obligatoria que resulta contradictorio con normas imperativas inspiradas en el orden público, como es el caso del segundo párrafo del artículo 1430?

Al respecto, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil no admite discusión cuando dispone que «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres»; esta causal de nulidad es reproducida en el numeral 8) del artículo 219 del Código Civil.

3. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL Y EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN COMO ALTERNATIVAS EXCLUYENTES

3.1. La nulidad del pacto

De otro lado, se incurre en un nuevo supuesto de contravención a normas de carácter imperativo al estipular cláusulas que contemplan la posibilidad de resolver el contrato y, simultáneamente, exigir el pago de las cuotas aún no devengadas al momento de la resolución.

En nuestra opinión, este temperamento contraviene lo dispuesto por el artículo 1428 del Código Civil, el cual establece que «cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios». Nos explicamos.

El artículo 1428 del Código Civil constituye una norma que, frente al incumplimiento del deudor, coloca al acreedor en dos escenarios. El primero, referido al supuesto en que subsista el interés del acreedor por la prestación debida, esto es, cuando el cumplimiento, aunque extemporáneo, todavía le resulte útil, en cuyo caso la norma faculta al acreedor para demandar el cumplimiento forzado de la prestación. Adicionalmente, la regla contempla el supuesto de que la prestación incumplida haya dejado de ser útil para el acreedor, el cual ya no mantiene interés en el cumplimiento. En este último caso, la norma citada concede al acreedor la posibilidad de resolver el contrato.

En suma, nos encontramos frente a un precepto que confiere al acreedor víctima del incumplimiento una doble opción: la demanda de cumplimiento o la resolución del contrato.

No obstante, cabe advertir que se trata de vías excluyentes. En efecto, si tenemos en cuenta que el fundamento de optar por el cumplimiento de la prestación radica en que ésta todavía es útil para el acreedor, resultaría contradictorio demandar la resolución de la relación obligacional, cuyo efecto es la inexigibilidad de las prestaciones debidas. Lo propio ocurre en el supuesto que se hubiera demandado la resolución, cuyo fundamento radica en la pérdida de interés del acreedor por el cumplimiento de la prestación debida. De ser el caso, la demanda de cumplimiento resultaría también incoherente, habida cuenta de que, como hemos señalado, el pedido de resolución del contrato supone la pérdida de interés por el cumplimiento de la obligación principal.

En tal sentido, «no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiere demandado por resolución».¹⁰

Comentando los efectos de la resolución contractual, De la Puente¹¹ sostiene que «es obvio que el demandante de resolución no podrá variar su demanda en el sentido de exigir al demandado el cumplimiento de su prestación, desde que la ley no permite a éste hacerlo. Sería necesario que el demandante de resolución se desistiera de su demanda y, admitido el desistimiento, entablara una nueva demanda de cumplimiento [...]. Caso contrario se atentaría contra el conocido adagio que establece que elegida una vía, no se da curso a otra».

A mayor abundamiento, la propia jurisprudencia nacional ha precisado el carácter excluyente de ambas alternativas al indicar que «cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la parte perjudicada tiene dos opciones: exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato y en ambos casos la indemnización por daños y perjuicios; es decir, el acreedor debe optar por una de las dos alternativas y no por las dos a la vez».¹² (Subrayado agregado).

En adición a lo expuesto, la inderogabilidad mediante pacto privado del artículo 1428 también viene dada por lo dispuesto en su segundo párrafo, el cual establece que «a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación». Si bien este extremo de la norma se refiere a un supuesto de resolución judicial del contrato, por simple aplicación del argumento o criterio interpretativo *a pari*,¹³ no existe óbice para que la prohibición que impone resulte igualmente aplicable al supuesto de resolución extrajudicial a que se refiere este caso.

En definitiva, la transgresión a la norma citada sería manifiesta, habida cuenta que una vez resuelto el contrato se impone al deudor la obligación de pagar las cuotas del citado contrato que aún no hayan vencido, contraviniendo de esta manera el segundo párrafo del artículo 1428°, en cuanto prohíbe de manera expresa al deudor la posibilidad de cumplir con la prestación a su cargo. Esta anómala situación se presenta, usualmente, en los contratos de arrendamiento financiero, al pretenderse cobrar las cuotas no devengadas.

10 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los contratos*. Buenos Aires: Zavallia Editor, 1984, tomo I, p. 396.

11 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, tomo IV, p. 307.

12 Expediente n.º 2261-90-Lima, *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 7, p. 83.

13 Este principio señala que «donde hay la misma razón hay el mismo derecho».

En consecuencia, nos encontramos ante un precepto cuyo carácter imperativo es innegable, en tanto cumple con salvar el despropósito y potenciales abusos, como también la imposibilidad jurídica que importaría la posibilidad de demandar la resolución del contrato y luego el cumplimiento del mismo. Pero, adicionalmente, la norma citada establece de manera expresa la imposibilidad del deudor de cumplir con la prestación a su cargo una vez comunicada la resolución del contrato, a fin de poner a buen recaudo la decisión del acreedor de que la prestación ha dejado de serle útil. Así las cosas, no existe dificultad para cuestionar la validez del pacto por la irregularidad desarrollada, a la luz del artículo V del Título Preliminar y del numeral 8) del artículo 219° del Código Civil.

3.2. Las cuotas no vencidas como penalidades

De otro lado, para completar nuestro análisis precisa determinarse si cabría interpretar que el pago de las cuotas no vencidas a la fecha de la resolución podría ser considerado como una penalidad a cargo del sujeto pasivo de la resolución. Nos referimos al supuesto -frecuentemente verificado en la realidad- en que el acreedor, ante la contradicción que representa resolver el contrato y luego demandar el pago de las cuotas pendientes, pretenda salvar este escollo otorgando a dichas cuotas la condición de pena obligacional.

Negamos tal posibilidad por las razones que son desarrolladas a continuación.

En primer lugar, cabe atender al carácter expreso de las cláusulas penales. Al respecto, tratándose de un pacto que impone sanciones, debe tenerse presente que en los casos de duda sobre la existencia y alcances de una supuesta cláusula penal, ésta debe interpretarse restrictivamente. En ese sentido señala Díez-Picazo¹⁴ que *“para la existencia de tales cláusulas tiene que constar de una manera clara y terminante la voluntad de los contratantes y que, de no ser así, hay que resolver sobre su existencia con criterio restrictivo”*.

Con idéntico parecer se pronuncia Peirano Facio¹⁵, quien sostiene que *“siendo la cláusula penal una estipulación que tiende a hacer más grave la situación de una de las partes contratantes, y siendo también presunción genérica que el deudor se ha querido gravar del modo menos agudo posible, en la duda es preciso no aplicar la cláusula penal, ya que el principio general es que los individuos no se encuentren obligados y la excepción al mismo es la atadura de los hombres por medio de lazos obligatorios”*.

Sobre esta base, somos de opinión que la posibilidad de otorgar a

14 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, p. 584.

15 PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 185.

la obligación de pago de las cuotas no vencidas el carácter de penalidad debe ser descartada. Ello obedece a que no existe pacto expreso en ese sentido y, adicionalmente, a que se trata de una estipulación cuya existencia, por imponer sanciones, debe efectuarse de manera restringida.

Como complemento de lo anotado, es preciso atender al escenario en que efectivamente se hubiese pactado una penalidad y, adicionalmente, se pretendiese el pago de las cuotas no vencidas. Al respecto, se debe tener en cuenta que la cláusula penal constituye un pacto privado con un doble objetivo, a saber: generar incentivos en el deudor para el cumplimiento y, además, efectuar una liquidación –pactada por anticipado– de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la inejecución del contrato. Se trata, pues, de una institución que cumple una función eminentemente indemnizatoria, lo cual *“importa la obligación de efectuar una prestación determinada a título de pena (o multa) para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato; tiene la función de resarcir al acreedor –liquidándolos previamente– los daños que se le han ocasionado, pero al propio tiempo de limitar la medida de los mismos.”*¹⁶ (resaltado agregado).

El principio enunciado es claro, pues *“la estimación convencional de los perjuicios, y la que el deudor hace en un acto unipersonal obligatorio, tiene prevalencia respecto de la estimación judicial y aun de la legal, las que así revisten carácter subsidiario frente a aquella”*¹⁷.

De lo expuesto se desprende que el monto pactado como penalidad tiene carácter limitativo, es decir, que aun cuando los daños y perjuicios derivados del incumplimiento fuesen mayores, el resarcimiento que tiene derecho a recibir el presunto agraviado con el incumplimiento se reduciría a ese monto. Esta es la sanción que de manera voluntaria han pactado las partes para el supuesto de incumplimiento.

Esto determina que conforme al artículo 1341° del Código Civil¹⁸,

16 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 218.

17 OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 1987, p. 158.

18 Artículo 1341.– «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores». (Subrayado agregado). Para un estudio de las funciones que cumple la pena obligacional en nuestro sistema y la interpretación de las normas que la regulan, puede consultarse: OSTERLING PARODI, Felipe y Alfonso REBAZA GONZÁLEZ. «Apuntes sobre la Reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones». En *Ius et Veritas*, n.º 30, pp. 153-163.

el pacto tenga el efecto de limitar el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento al pago de la penalidad, lo cual implica que el acreedor **no podría alegar daños y perjuicios adicionales a los fijados en la cláusula penal como consecuencia de la resolución.**

Este temperamento determina la imposibilidad de establecer sanciones adicionales contra el deudor por concepto de los daños que pudiera haber irrogado al acreedor como consecuencia de su incumplimiento que, a su turno, dio origen a la resolución, habida cuenta que estos se encontrarían cubiertos por la cláusula penal.

En este sentido, el pago de las cuotas no vencidas no tendría naturaleza indemnizatoria, pues no existiría daño que indemnizar (todos los daños habrían sido previstos en la penalidad pactada en la cláusula penal), convirtiéndose, en caso de ser ordenado, en un supuesto de enriquecimiento sin causa a favor del acreedor.

3.3. El fraude a la ley

Finalmente, en el supuesto de que, no obstante los argumentos desarrollados, se llegase a considerar que la cláusula que exponemos en el ejemplo califica como penalidad, ello constituiría un fraude a la ley.

Si pese a lo expuesto, el acreedor insistiera en cobrar las mensualidades por devengar, habiendo planteado primero la resolución del contrato, estaríamos frente a un caso concreto de fraude a la ley.

Para Díez-Picazo¹⁹ «el fraude a la ley supone la realización de un resultado contrario al derecho: la evitación por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y atender». Se trata de actos que si bien han sido realizados al amparo del texto de una norma, persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él. En este supuesto, el ordenamiento debe orientarse a evitar que dichos actos impidan la aplicación del precepto que se ha tratado de eludir.

Según hemos señalado en los acápites precedentes, el artículo 1428 del Código Civil constituye una norma de carácter imperativo en cuanto establece la imposibilidad de demandar la resolución del contrato y el cumplimiento de la prestación de manera conjunta.

19 DÍEZ-PICAZO, Luis. «El abuso de derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones». En *Ius et Veritas*, n.º 5, p. 9. Es oportuno señalar para efectos ilustrativos que esta institución ha sido definida por el artículo 6, inciso 4, del Código Civil español, el cual establece que «los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

No obstante, en el supuesto de considerarse que las cuotas impagas constituyen una penalidad y, por ende, son exigibles, el principio anotado se encontraría manifiestamente vulnerado. En efecto, en este escenario, bajo un ropaje de legalidad (el pacto de una penalidad) se estaría obteniendo como resultado una consecuencia que nuestro ordenamiento proscribe (el pago de las cuotas pendientes pese a que se ha resuelto el contrato). En la práctica, aun en el negado supuesto de que se le hubiera otorgado el nombre de penalidad, lo que se busca es, precisamente, aquello que nuestro ordenamiento civil prohíbe: la resolución del contrato y el cobro simultáneo de la prestación debida. Lo que ocurriría en tal hipótesis es que, pese a haberse invocado la resolución, el acreedor se encontraría en condiciones de solicitar también el cumplimiento contractual, disfrazado de penalidad.

Como se puede advertir, el fraude a la ley es manifiesto. En consecuencia, aun en el supuesto de que el pacto al que hemos hecho referencia fuera considerado una penalidad, este pacto sería nulo, por haberse establecido en fraude al principio contenido en el artículo 1428 del Código Civil, resultando de aplicación, al igual que en los casos anteriores, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y el numeral 8) del artículo 219 del mismo ordenamiento.

4. CONCLUSIONES

A partir de las reflexiones realizadas a lo largo del presente trabajo, hemos llegado a la convicción de que los pactos analizados, al ser incorporados en las cláusulas resolutorias de los contratos, vician dichas cláusulas y las tornan inexigibles. En tal sentido, establecemos las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, este tipo de pactos atenta contra lo dispuesto por el artículo 1430 del Código Civil en cuanto establece que la resolución de pleno derecho, para que opere, debe ponerse en conocimiento de la contraparte a fin de tutelar el derecho al cumplimiento del deudor, así como el derecho al conocimiento de su situación jurídica de responsabilidad antes de que se precipiten las consecuencias de la resolución del contrato.
2. De otro lado, dichos pactos transgreden el artículo 1428 del precitado Código, en cuanto rechaza la posibilidad de demandar la resolución del contrato y el cumplimiento de la prestación de manera conjunta; lo cual se ve complementado por la prohibición de cumplimiento del deudor establecida en el segundo párrafo de dicho artículo.
3. Asimismo, debe tenerse presente que no es posible establecer que tales cláusulas contengan una penalidad, en la medida en que ésta

no ha sido pactada expresamente. No obstante, en el supuesto de considerarse que se trata de una penalidad, ello importaría un fraude a la ley, habida cuenta de que mediante el uso de esta figura se estaría transgrediendo el precepto imperativo contenido en el artículo 1428 del Código Civil.

4. Adicionalmente, en caso de que dicha penalidad se hubiese efectivamente pactado, la obligación del pago de las cuotas no devenidas tampoco podría ser exigible, en tanto no existen daños que indemnizar, habida cuenta de que éstos ya habrían sido indemnizados por la cláusula penal.

Lima, febrero del 2010.

25 años del Código Civil

Mario Castillo Freyre*

SUMARIO: 1. *El Código Civil Peruano de 1984. Una apreciación personal.* – 2. *¿Era necesario el Código Civil de 1984?* – 3. *Las tentaciones académicas de reformar integralmente el Código Civil Peruano de 1984.* – 4. *¿Un Código Civil de contrabando?* – 5. *El Anteproyecto de marzo del 2005.* – 6. *El proyecto del 11 de abril de 2006.*

1. EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. UNA APRECIACIÓN PERSONAL

Si bien no nací en el estudio del Derecho con el Código Civil peruano de 1984, sí puedo decir que di mis primeros pasos con él. Debo afirmar, hoy, veinticinco años después de ese comienzo, que se trata de un buen Código. Con esta afirmación no estoy desmereciendo en nada al Código Civil de 1936, que fue derogado por el de 1984, ya que aquel cuerpo normativo fue muy bueno –y en muchos aspectos tanto o más que el de 1984, en su tiempo–; y quienes lo elaboraron, los doctores Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, Alfredo

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

Solf y Muro, Juan José Calle y Pero M. Oliveira, sin lugar a dudas, fueron juristas de primer orden, que ocupan un lugar de privilegio en la Historia del Derecho peruano.

El transcurso de los años y de la evolución de la codificación extranjera, así como también el desarrollo de la doctrina que la sustentaba e interpretaba, hizo que un nutrido grupo de profesores de Derecho considerara aconsejable la elaboración de un nuevo Código Civil. Tal vez por esta razón, la Comisión instalada en 1965 para proponer enmiendas al Código de 1936 excedió el mandato original conferido por el Poder Ejecutivo, cuando era Presidente de la República el arquitecto Fernando Belaunde Terry y Ministro de Justicia el doctor Carlos Fernández Sessarego.

La labor de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, más conocida como Comisión Reformadora, duró alrededor de diecinueve años, con serios paréntesis, sobre todo en la época de la Dictadura Militar de los setenta. Dicha Comisión, que tuvo como último Presidente al doctor Felipe Osterling Parodi, estuvo conformada, además, por una serie de connotados hombres de Derecho, los doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Avendaño Valdez, Ismael Bielich Flórez, Héctor Cornejo Chávez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazeznies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Manuel García Calderón Koechlin, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, Félix Navarro Irvine, Jorge Vega García y Fernando Vidal Ramírez, entre otros.

El impulso decisivo para la promulgación del nuevo Código lo dio el doctor Felipe Osterling Parodi, cuando era Presidente de la mencionada Comisión a la par que Ministro de Justicia, entre julio de 1980 y agosto de 1981.

La Comisión Revisora, conformada por algunos Congresistas de la República (todos ellos abogados) y un número menor de abogados en ejercicio, que no desempeñaban función congresal, tuvo como Presidente al doctor Javier Alva Orlandini y como su más entusiasta propulsor al doctor Jack Bigio Chrem. También estuvo conformada por los doctores Edmundo Haya de la Torre, Róger Cáceres Velásquez, Rodolfo Zamalloa Loaiza, Ricardo Castro Becerra, César Fernández Arce, Guillermo Velachaga Miranda y Roberto Ramírez del Villar.

Finalmente, el Código fue promulgado el 24 de julio de 1984, mediante Decreto Legislativo n.º 295, siendo Ministro de Justicia el doctor Max Arias-Schreiber Pezet, y entró en vigor el 14 de noviembre de ese mismo año.

Este Código, que tuvo la virtud de ser elaborado por destacados abogados y profesores universitarios, como toda obra humana, tiene vir-

tudes —numerosas, por cierto— y defectos —igualmente numerosos—. Pero ello es natural. Todo Código Civil los tiene. El problema no radica en la virtuosidad de un Código Civil, sino en la calidad de su interpretación y aplicación por la doctrina y la jurisprudencia.

El Derecho de todo país es como una mesa de tres patas que, obviamente, no puede sostenerse si falta una de ellas. Dos no bastan; una menos. Esas tres son: la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

En lo que al ámbito del Derecho peruano se refiere, no son muchas las Ejecutorias Supremas que hayan transformado la interpretación o sentido de una norma legal, como sí ocurre en otros países de nuestra tradición jurídica. El caso más emblemático es el de la Corte de Casación Francesa, la misma que, desde la aparición del Código Napoléon, ha interpretado muchas de sus normas en sentidos absolutamente contrarios a sus tenores literales.

Por otra parte, la producción jurídica en el Perú siempre fue escasa. Sin embargo, debemos reconocer que, a lo largo de las dos últimas décadas, esta situación ha ido cambiando paulatinamente. No sé si sea mérito del Código Civil de 1984 —como dicen sus autores— o producto de algún otro fenómeno más complejo, tal vez de una especie de «democratización del Derecho», algo así como que en el Perú las nuevas generaciones de académicos carecen del temor reverencial de antaño.

En los últimos tiempos se ha hecho frecuente leer artículos periodísticos o de revistas firmados por alumnos de Derecho, en los cuales se exponen argumentos contra las posiciones de los más reputados profesores nacionales. En lo personal, creo que el mérito de la evolución de la doctrina jurídica peruana es compartido tanto por profesores como por alumnos quienes, con una actitud que en otros tiempos habría sido calificada de irreverente, han decidido opinar con altura y sobriedad acerca de los más diversos temas jurídicos.

Ahora bien, sí debemos reconocer que, no obstante la proliferación de artículos en revistas sobre estas materias, la producción de obras de mediano y largo aliento en nuestro país es muy limitada. En materia de Derecho Civil, durante la vigencia del Código de 1984, han aparecido una buena cantidad de libros, mientras que a nivel de tratados de Derecho, tenemos sólo tres.

Pero todo ello no es suficiente.

Existen, veinticinco años después de promulgado el Código de 1984, muchos temas o áreas que no han recibido comentarios o que los han recibido, pero de manera muy escasa o, incluso, pobre. En tal situación, es evidente que, sobre estas materias de nula o poca reflexión, resultaría una osadía que se propusiese una modificación legislativa. Creemos

que antes de plantear enmiendas al Código en esas áreas, los profesores especialistas en las mismas deberían interpretar sólidamente los alcances de las normas vigentes.

Pensamos que la labor de los catedráticos universitarios debería pasar, necesariamente, por dedicar buena parte de su tiempo a la investigación jurídica.

Es indudable que el Código Civil peruano de 1984 no es la obra cumbre del Derecho. No estamos en la situación de Napoleón cuando manifestó, como relata el profesor Eduardo Dato Iradier¹ — ante los primeros comentarios a su Código, que hiciera Jacques de Malleville, uno de sus redactores — que algunas producciones literarias, por su brillantez, no precisan prólogos ni comentarios.

Tal no es la situación del Derecho Civil en el Perú.

Nos falta mucho camino por recorrer.

Así pues, hay que andarlo.

2. ¿ERA NECESARIO EL CÓDIGO CIVIL DE 1984?

¿Era necesario reformar integralmente el Código Civil de 1936 — como se hizo — con su revisión integral y posterior sustitución por el Código de 1984?

En lo personal, creo que tal vez hubiera dado lo mismo mantener el Código de 1936 o proceder a modificarlo. Y adviértase que no me estoy pronunciando sobre el alcance ni mucho menos sobre el contenido de la reforma dada a ese cuerpo legal.

Digo esto porque el Código Civil de 1936 representó, sin lugar a dudas, el más grande salto cualitativo que en el plano legal tuvo el Derecho Civil peruano. Ello es así, simplemente, porque el Código al que sustituyó, vale decir, el de 1852, era vetusto y defectuoso desde muchos puntos de vista.

En mi opinión, el Código Civil de 1852 no fue bueno ni siquiera para su tiempo. No es que quiera ser cruel, pero basta compararlo con la meditada obra del ilustre sabio venezolano don Andrés Bello, cuyo Proyecto de Código Civil, incluso algunos pocos años más antiguo que el peruano de 1852, fue una obra pulcramente elaborada, de fina inspi-

1 DATO IRADIER, Eduardo. «Introducción a la obra». En GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, vol. I, p. V.

ración, y cuya permanencia en el tiempo como cuerpo de leyes vigente —no sólo en el país que le encargó elaborarlo, sino en varias naciones latinoamericanas— constituye una prueba irrefutable de sus bondades.

Así, la derogatoria del Código Civil de 1852 fue absolutamente necesaria. El Perú ganó mucho con ella, tanto como hubiera ganado de haberse traducido en Ley de la República el Proyecto de Código Civil que en 1890 terminó de elaborar la Comisión que presidió el doctor Juan Luna (en opinión mía —por lo menos, en sede de Obligaciones y Contratos—, muy bueno).

Por otra parte, era claro que el Código de 1936 contó para su elaboración con la pluma de hombres que marcaron huella en la Historia del Derecho peruano.

Especialmente don Manuel Augusto Olaechea de quien, en obras anteriores, ya he manifestado que considero el más ilustre hombre de Derecho que haya tenido el Perú, entendido esto en su acepción más cabal, vale decir, como abogado en ejercicio, legislador, hombre de función pública (Ministro de Hacienda y Comercio, primer Presidente del Banco Central de Reserva) y, aunque fuere por un año (1937), maestro universitario en San Marcos.

Olaechea, además, tenía el hábito de lectura de las más calificadas y novedosas obras de Derecho. Él prácticamente las compraba casi todas. Contaba con la integridad de colecciones, tratados, manuales o libros que se publicaban en Europa o América Latina, y los adquiría inmediatamente después de que entraban en circulación. Pero no sólo eso, también los leía, interpretaba y sacaba sus propias conclusiones. Para comprobar esta afirmación basta con revisar las Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil que integró, dar lectura a sus Memoranda, piezas jurídicas invalorable, o a sus intervenciones, siempre agudas y en muchos casos lapidarias.

El Código de 1936 tuvo el sello personal de Olaechea, sin que ello implique, en modo alguno, restar mérito a los demás miembros de dicha Comisión codificadora. Y ese sello fue indeleble.

Si bien es cierto que de muchas de las normas del Código Civil de 1936 podía decirse que debían ser perfeccionadas, también es verdad que ello puede sostenerse respecto de cualquier Código Civil del mundo, incluso de aquél que el lector de estas páginas considere como el mejor.

Sin embargo, cuando en 1965 se tomó la decisión de revisar y modificar el Código de 1936, no se advirtieron los alcances que podía tener ese proceso reformador.

No nos olvidemos que mediaron diecinueve años entre la creación de la Comisión Reformadora, en 1965, y la entrada en vigencia del Código

Civil, en 1984. Durante esos diecinueve años pasaron muchas cosas, incluso la parálisis por un buen tiempo de las labores de la referida Comisión, más allá de que habían gobernado el Perú: Belaunde, Velasco, Morales Bermúdez y nuevamente Belaunde (con todo lo que ello implicó).

La Constitución de 1979 es quince años más antigua que la Comisión Reformadora, de modo tal que dicha Carta Política no fue la razón que llevó a iniciar el Proceso de Reforma, pero sí, tal vez, constituyó el detonante para que la Reforma se traduzca al plano legislativo. No olvidemos que esta Constitución introdujo cambios importantes en aspectos del Derecho de Personas y de Familia.

Pero considero que el tramo final de la promulgación del Código Civil de 1984 estuvo marcado también por la presencia de nuevos ímpetus, distintos a los primigenios (de 1965) y por nuevos protagonistas que —con la autoridad jurídica que les corresponde— decidieron dar el impulso final y decisivo a ese proceso reformador.

Me refiero a los doctores Felipe Osterling Parodi y Max Arias-Schreiber Pezet, quienes entre julio de 1980 y agosto de 1981, el primero, y julio de 1984 y diciembre de 1984, el segundo, ocuparon el cargo de Ministro de Justicia.

Durante el ejercicio ministerial del doctor Osterling, se terminó de elaborar el Anteproyecto de la Comisión Reformadora y se publicaron —en dos volúmenes— los Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil;² en tanto que durante el ejercicio ministerial del doctor Max Arias-Schreiber, el 24 de julio de 1984, se promulgó el Decreto Legislativo n.º 295, con las firmas del Presidente Belaunde y del Ministro Arias-Schreiber, norma a través de la cual se establecía que el nuevo Código Civil empezaría a tener vigencia el 14 de noviembre de ese año, exactamente a los cuarenta y ocho años en que comenzó a regir el Código de 1936, que derogaba.³

2 MINISTERIO DE JUSTICIA – PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

3 En la referida obra, el doctor Osterling hace una breve e ilustrativa reseña de la historia de la Comisión Reformadora, que consideramos útil recordar:
«La Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil fue creada mediante Decreto Supremo n.º 95, dictado el 1 de marzo de 1965, siendo Presidente Constitucional de la República el arquitecto Fernando Belaunde Terry y Ministro de Justicia y Culto el doctor Carlos Fernández Sessarego, con el objeto de proponer las enmiendas que salvaran las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes. La Comisión estuvo integrada en su origen por el Ministro de Justicia y Culto, quien la presidía, por un delegado designado por la Corte Suprema, cuyo nombramiento recayó en el doctor Alberto Eguren Bresani, y por los doctores Max Arias-Schreiber Pezet, Is-

mael Bielich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, quien nunca se incorporó, Héctor Cornejo Chávez, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine. La Comisión quedó instalada el 31 de mayo de 1965 y de inmediato dio inicio a sus funciones. El primer acuerdo que adoptó la Comisión fue distribuir, para su estudio, las materias de que está compuesto el Código Civil, entre sus integrantes. Así, los doctores León Barandiarán y Vega García fueron encargados de la revisión del Título Preliminar; los doctores Fernández Sessarego y León Barandiarán del Libro de las Personas; los doctores Cornejo Chávez y Eguren Bresani del Derecho de Familia; el doctor Lanatta del Derecho de Sucesiones; los doctores Bielich y Castañeda de los Derechos Reales; el doctor León Barandiarán del Acto Jurídico; los doctores Castañeda, León Barandiarán y Navarro Irvine del Derecho de Obligaciones; y los doctores Arias-Schreiber y Vega García de los Contratos.

Mediante Decreto Supremo de 15 de septiembre de 1965 se nombró miembro de la Comisión al doctor Carlos Fernández Sessarego, quien había dejado de pertenecer a la misma al renunciar al cargo de Ministro de Justicia y Culto.

La Comisión a lo largo de su existencia ha tenido varios cambios con respecto a su integración original.

Así, para sustituir al eminente jurista doctor Ismael Bielich Flórez, con motivo de su sensible fallecimiento ocurrido el 2 de diciembre de 1966, fue nombrado el doctor Jorge Avendaño Valdez por Decreto Supremo de 27 de agosto de 1967.

Mediante Decreto Supremo n.º 367 del 27 de octubre de 1967 se modificó el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 95, disponiendo que la Comisión no la integraría como miembro nato el Ministro de Justicia y Culto y que, por tanto, sería presidida por el delegado de la Corte Suprema.

De este modo, asumieron el cargo sucesivamente el doctor Alberto Eguren Bresani, luego el doctor Manuel García Calderón Koechlin y finalmente, desde hace muchos años, el doctor Felipe Osterling Parodi, su actual Presidente.

Por Resolución Suprema n.º 0043-73-PM/ONAJ de 14 de marzo de 1973, se dispuso la ampliación de la Comisión, con el nombramiento de los doctores Óscar Macedo López, que no se incorporó, Ezio Parodi Marone, quien tampoco se incorporó y renunció meses después, Fernando de Trazegnies Granda y Fernando Vidal Ramírez. En junio de 1973 falleció el ilustre jurista doctor Jorge Vega García y en julio de 1974 el distinguido hombre de leyes doctor Félix Navarro Irvine, con lo cual la Comisión perdió a dos de sus más prominentes miembros, quienes habían intervenido muy activamente en el desarrollo de las labores de la Comisión, aportando sus vastos conocimientos y experiencia.

Mediante Resolución Suprema n.º 0046-78-PM/ONAJ de 1 de marzo de 1978, la doctora Lucrecia Maisch von Humboldt y el doctor Manuel de la Puente y Lavalle fueron designados miembros de la Comisión.

El 27 de septiembre de 1978, la Comisión designó como su asesor bibliográfico al doctor Víctor M. Villavicencio Cúneo.

En la sesión de 26 de octubre de 1978, la Comisión acordó nombrar como asesores a la doctora Delia Revoredo de Debakey, al doctor Jorge Vega Velasco y al señor Carlos Cárdenas Quirós.

Posteriormente, la Comisión, en su sesión de 22 de marzo de 1979, acordó nombrar, también como asesores, a la señora Susana Zusman Tinman y a los doctores Jorge Muñiz Ziches y Rafael Rosselló de la Puente.

Actualmente, la Comisión se encuentra integrada por los doctores Felipe Osterling Parodi, quien la preside, Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Avendaño Valdez, Héctor Cornejo Chávez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán,

Estimo que las razones que sustentaron el Anteproyecto que dio lugar al nuevo Código,⁴ fueron plenamente valederas, sin dejar de reconocer que la decisión de reformar el Código de 1936 no dejaba de representar una simple opción legislativa.⁵

Lucrecia Maisch von Humboldt y Fernando Vidal Ramírez. Intervienen como secretarios los doctores Sergio León Martínez y Jorge Vega Velasco y en calidad de colaboradores o asesores, la doctora Delia Revoredo de Debakey, la señora Susana Zusman Tinman, los doctores Jorge Muñoz Ziches, Rafael Rosselló de la Puente, Jorge Vega Velasco, Víctor M. Villavicencio Cúneo y el señor Carlos Cárdenas Quirós».

- 4 OSTERLING PARODI, Felipe. La Necesidad de la Actualización del Código Civil. Introducción a la obra citada: MINISTERIO DE JUSTICIA-PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

- 5 El fundamento oficial de la reforma al Código de 1936, en palabras del Presidente de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, doctor Felipe Osterling Parodi, fue el siguiente:

«Han pasado 44 años desde que entrara en vigencia el Código Civil de 1936 y el dilatado tiempo transcurrido reclamaba el estudio de su forma integral, como directa consecuencia de los profundos cambios ocurridos en todos los órdenes y con el propósito esencial de adecuarlo a dichos cambios y a la nueva dimensión que han adquirido los valores de la solidaridad social y el humanismo.

Era indispensable, pues, proponer la actualización de los preceptos del Código Civil vigente debido a esas realidades del mundo de hoy que influyen decisivamente en materias vinculadas al Derecho de Personas, al de Familia, al Sucesorio, al de los Derechos Reales y al de Obligaciones y Contratos.

El vigente, no es precisamente el ordenamiento civil más adecuado. El Perú de 1980 no es ya el de 1936. Paulatinamente el país va asumiendo procesos propios de desarrollo en lo económico, tecnológico, científico e industrial, que son fiel reflejo de nuestros tiempos.

Esta afirmación no es de ningún modo una crítica a la magna obra de los legisladores de 1936, cuyos méritos indiscutibles nunca podrán ser suficientemente enaltecidos. Sin embargo, esa obra es reflejo de un período histórico que ha sido marcado tanto en lo político como en lo jurídico por un exagerado individualismo ya superado en nuestros días.

Ha expresado con certeza el ilustre doctrinario brasileño Clovis Bevilacqua que «por el hecho mismo que el Derecho evoluciona, el legislador tiene necesidad de armonizar los principios divergentes para acomodar la ley a las nuevas formas de relaciones y para asumir discretamente la actitud de educador de una nación, guiando cautelosamente la evolución que se acusa en el horizonte».

La actitud del codificador no puede ser otra, si tenemos en cuenta aquello que se ha denominado la «naturaleza ambivalente de su misión», que consiste en preservar, por un lado, las raíces del pasado, para alcanzar, por el otro, una visión del porvenir.

El momento histórico en que se formula la reforma no puede ser más propicio. La nueva Constitución Política del Perú, que ha entrado en plena vigencia al instalarse el Gobierno Constitucional, ha introducido sustanciales modificaciones en materias que son precisamente aquellas de las que se ocupa un Código Civil, tales como las referidas al derecho de propiedad, a la igualdad entre el varón y la mujer, a la igualdad en todos los órdenes entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, etc.

Las condiciones son, pues, las más idóneas para definir con claridad los problemas básicos de la vida civil.

La otra opción era la de no promulgar ese nuevo Código que venía en camino, sino mantener vigente el de 1936; pero la inmensa mayoría del medio académico (en el ámbito jurídico) había participado —de una u otra manera— de ese proceso de reforma que se encontraba en su fase final. En tal sentido, los intentos para detenerlo, que básicamente provinieron del doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois y de otros notables abogados, fueron infructuosos.

Ello resultaba plenamente comprensible porque, a principios de los años ochenta, era, en la práctica, imposible frenar un proceso que había comenzado hacía dos décadas y que contaba con el decidido apoyo de los catedráticos de Derecho más representativos de Lima.

Ahora bien, en lo que respecta a las directrices generales de la Reforma, en el documento citado, el doctor Osterling precisa que ellas fueron las siguientes:

- Mantener en lo posible la redacción de los preceptos del Código Civil de 1936 y su estructura, en la medida en que no se justifique su modificación.
- Actualizar el Código Civil vigente no sólo para superar los presupuestos individualistas, reflejo de la época en que fue redactado y que condicionaron su elaboración, sino también para dotarlo de nuevas instituciones que son reclamadas por la sociedad actual.
- Coger los modelos jurídicos elaborados por la jurisprudencia de nuestros tribunales, normándolos para superar algunas situaciones conflictivas que comprometen la unidad y coherencia del ordenamiento legal nacional.
- Incluir en la sistemática de la ley civil, con las revisiones necesarias, la materia contenida en leyes especiales vinculadas a ella, promulgadas después de 1936.

Somos actores de una época en que son repudiadas todas las formas de colectivismo o estatismo absorbentes o de totalitarismo, reconociéndose como fundamentos esenciales los de la democracia social, la libertad y la vigencia plena del Estado de Derecho.

Una época en que se reconoce también que el Derecho es social tanto en su origen como en su fin; en que se impone una interrelación concreta y dinámica entre los valores colectivos y los individuales, con el propósito fundamental de que la persona sea preservada sin privilegios y exclusivismo, en un orden de participación comunitaria. Una época, en suma, en donde se ha superado felizmente el individualismo absoluto.

La época no puede ser, pues, más adecuada y ello hace de la reforma una tarea, un deber, urgente e indispensable. La renovación de los códigos vigentes se convierte, en consecuencia, en una de las más nobles metas del Gobierno.

La labor de codificación así entendida se transforma en un eficaz instrumento de afirmación de los valores en la época de crisis, una de las expresiones máximas de la cultura de un pueblo».

- Eliminar la necesidad del empleo de formalidades excesivamente onerosas, como por ejemplo la notificación judicial, cuando sea posible obtener el mismo resultado con economía natural de medios, o el uso de la escritura pública si es suficiente el documento de fecha cierta o uno similar.
- No descartar aquellas instituciones del Código Civil de 1936 que por más de cuarenta años han demostrado su bondad, y antes bien, conservar de él todo lo positivo y actual, como fiel reflejo de que el propósito de la reforma no es meramente el de crear un nuevo orden legal en lo civil distinto del anterior. Rendimos así reverente homenaje a los distinguidos juristas que tuvieron a su cargo la responsabilidad de elaborar el Código Civil vigente.
- Acoger los aportes y sugerencias más relevantes que la moderna doctrina y legislación comparada puedan ofrecer, pero incorporándolos en la medida que se muestren acordes con nuestra idiosincrasia y respondan a nuestra realidad. No se busca un Código que resulte copia de otros cuerpos legales similares muy modernos y de técnica depurada, pero cuyas normas y conceptos no se adecúen ni coincidan con los que la época reclama, sino un Código que se nutra de nuestra problemática y sea fiel reflejo de ella.

Suscribo las líneas rectoras del anterior proceso de reforma, pues ellas eran adecuadas y representaban criterios ponderados y coherentes. Además, transcurrido casi medio siglo, el tema de la necesidad de reformar el Código de 1936 era, por lo menos, debatible.

Pero tal situación no necesariamente implicaba que el texto que fuera ley a partir de 1984 plasmase todos aquellos buenos propósitos. Por otra parte, no olvidemos que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, luego de convertirse en Proyecto, pasó a la Comisión Revisora, en donde — en algunos casos para bien y en otros para mal — se le formularon diversas enmiendas.

Si hubiese que hacer un balance entre los Códigos Civiles de 1936 y 1984, creo que resultaría equitativo, pero esto sin dejar de lado una comparación que incluya la historia y el contexto de su época. Cada Código fue muestra cabal del Derecho de su tiempo. Y ambos, uno en 1936 y otro en 1984, fueron buenos.

En la elaboración de ambos cuerpos legales participaron los más renombrados abogados y catedráticos universitarios del momento, obviamente, con notables excepciones, tanto en uno como en otro caso.

Pero jamás podría compararse el Código de 1984 al de 1936 con el argumento de que aquél ha mejorado los defectos de este último. Y señalo esto porque el Código de 1936 era un Código de avanzada en su tiempo y

es natural que, si tenía normas defectuosas, las Comisiones Reformadora y Revisora, en diecinueve años de trabajo, estuvieran en la obligación de advertirlas y enmendarlas. Precisamente, para ello fueron nombradas.

Por otra parte, la doctrina de nuestra tradición jurídica había avanzado notablemente; en el Perú ya contábamos, por citar las más notables y representativas, con las obras de los doctores José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez y Manuel de la Puente y Lavalle, cuyos estudios y observaciones respecto de determinados defectos del Código de 1936 eran dignos de tomarse en consideración.

Pero —lo reitero— el Código de 1936 era bueno y, si se hubiera optado por el camino de no reformarlo o de no derogarlo, se encontraría vigente y ni el mundo jurídico peruano ni el país se hubiera venido abajo. Por lo demás, las normas de este Código que con el paso de los años devinieron en contrarias a las Constituciones de 1979 y 1993, en Derecho de Personas, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, simplemente habrían quedado derogadas (pues una norma superior deroga a otra de inferior jerarquía).

En fin, anoto esta opinión con el único propósito de expresar que, si se hubiera emprendido el camino de abstenerse de reformar dicho Código, las consecuencias no hubieran sido nefastas.

Simplemente era cuestión de pareceres.

Se optó por la reforma, luego de 48 años y —estemos o no de acuerdo—, la pertinencia del asunto al menos era —lo reitero— debatible.

3. LAS TENTACIONES ACADÉMICAS DE REFORMAR INTEGRALMENTE EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

En los últimos diecisiete años mucho se ha escrito acerca de la supuesta necesidad de reformarlo integralmente. No creo en esa necesidad y, por ello, desde 1994 me constituí en el más firme e invariable opositor a esa absurda idea.

Estas páginas servirán para recordar mis razones.

En 1992, cuando asomaba la idea de que debía discutirse la futura revisión del Código Civil Peruano de 1984, en Comisiones de Estudio integradas por profesores de Derecho, comprendí que, más allá de las que se decían en ese entonces, eran las intenciones de los propulsores de la idea, lo que se quería hacer era modificarlo integralmente, de manera tal que ni siquiera íbamos a encontrarnos en el futuro frente a una «Ley de Enmiendas», sino ante un nuevo Código.

También a partir de esa época comenzó la discusión pública acerca del tema y se llegaron a esbozar diversas posiciones, tales como aquella

que planteaba modificar sólo lo esencial, otra que proponía derogar el Código Civil de 1984 y poner en vigencia nuevamente el de 1936, y hasta posiciones novedosas, como la que planteaba modificar radicalmente todo el Código Civil de 1984 y empezar el inmediato proceso de elaboración de un Código Civil nuevo, totalmente distinto y hasta «revolucionario» (naturalmente, en el sentido moderno de la palabra). Esta posición fue planteada inicialmente por algunos adherentes del Análisis Económico del Derecho.⁶

Conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de la discusión era artificial; iba constatando que al ámbito académico era al único sector de abogados al que realmente podía interesar —o no— emprender una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco, verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de abogado, poco o nada interesaba el asunto; que éste se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera la mayor parte de los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

Pero así, y sin que exista necesidad alguna de llevar adelante un proceso de tal envergadura, ciertos profesores de Derecho, precisamente varios de los que habían conformado la Comisión que elaboró el Código en vigencia, se empeñaron en llevar adelante el intento de reforma integral del Código de 1984 y empezaron a practicar el peligroso juego de dar rienda suelta a sus tentaciones académicas. Muchos abogados y profesores nos encontrábamos atónitos frente a tan temerario proceder.

Observé ese debate con la mayor sorpresa y asombro, pues del mismo parecía deducirse que el Derecho Civil peruano asistía a una encrucijada, a algo así como «cambiar o morir», «actualizarse o perder el rumbo». Incluso, a manera de «conmemoración» de los diez primeros años de vigencia del Código, en 1994, se nombró una primera Comisión Oficial destinada a «enmendarlo» (¡magnífica conmemoración aquélla que buscaba derogar buena parte del «homenajeado»!).

En aras de la pretendida reforma del Código Civil se sostuvieron numerosos argumentos; pero, fundamentalmente, me centraré en los que considero como los más difundidos.

Como primer argumento se señaló que desde 1984 se habían pro-

6 Sobre esta patología jurídica véase CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, y Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2008.

ducido numerosos avances en la ciencia y la tecnología, los mismos que ameritaban una profunda modificación del Código.

Pero esa afirmación incurría en el error de pensar que ésta es la única época en la que se producen avances científicos o tecnológicos.

Tal vez sea la época en que dichos avances se producen con mayor rapidez; sin embargo, es natural y no significa que todos esos cambios deban tener una repercusión que se manifieste en modificaciones a la legislación civil.

Además, el argumento del avance de la ciencia y la tecnología no es sustentable para una reforma integral, ya que la mayoría de supuestos que se arguyen para tal efecto están referidos a aspectos muy concretos del Código.

Siempre hemos sostenido que con este tema debería tenerse extremo cuidado, ya que el Código no debe ser jamás un «manual científico»; puesto que, si así fuera, en cada ocasión en que se produjesen avances científicos o tecnológicos tendríamos que recurrir a volver a modificar lo ya modificado.

Sostengo que deberíamos tender a que las normas sean lo más amplias posibles y, de esta forma, prolongar —de la manera más firme— su vigencia en el tiempo.

Ejemplo de normas que resistieron a los embates de la ciencia lo constituyen los artículos 1373 y 1374 del Código, los mismos que prescriben que el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

A través de los citados numerales, el Código Civil adoptó, para el tema de los contratos celebrados entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, dos de las cuatro teorías que sustenta la doctrina: las teorías de la cognición y de la recepción. Es obvio que estas normas eran adecuadas, a la vez que amplias, pues, a pesar de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, los referidos artículos resultaban aplicables, tanto a la contratación por facsímil —medio desconocido en el Perú de 1984— como a aquélla que se pudiera producir por correo electrónico.

Sin embargo, a pesar de esa perfección, el legislador no pudo vencer sus tentaciones académicas, y por Ley n.º 27291, de fecha 24 de junio del año 2000, se agregó al artículo 1374 un peligrosísimo e imperfecto segundo párrafo, en el sentido de que si las comunicaciones contractuales se realizan a tra-

vés de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo, con lo que se desnaturalizaba el sentido de la norma.

De otro lado, el segundo argumento que se esgrimió en aras de la reforma del Código Civil señalaba que en todos estos años de vigencia del Código de 1984 se habían producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacían necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

Si bien es cierto que desde 1991 se dio una serie de modificaciones parciales a diversas normas del Código, cabría preguntarse si estas modificaciones fueron acertadas o no. Tengo la impresión de que muchas de estas reformas puntuales carecieron de una adecuada meditación, en tanto que otras fueron elaboradas por abogados que carecían de una rigurosa formación civilista.

Temo que ése fue el caso, por citar un ejemplo de importancia, de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, en donde basta comprobar lo infelices que han sido las reformas en tres puntos, como son el pago por consignación, la rescisión y la resolución contractuales. No me cabe la menor duda de que las normas originarias eran muy superiores a las nuevas, las mismas que pecan por ser excesivamente reglamentarias y por intentar cubrir una serie de hipótesis, muchas de las cuales son contradictorias y otras inexistentes.

Como tercer argumento a favor de la reforma del Código Civil, que fuera promulgado cinco años después de entrar en vigencia la Constitución Política de 1979, se sostuvo que resultaba necesario adecuarlo a la Constitución de 1993, para evitar un desfase en nuestra legislación civil.

Estimo que éste, al igual que los precedentes, resultó ser un argumento que cayó por su propio peso, porque no existe tal contradicción entre la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984.

No olvidemos que ambas Constituciones (la de 1979 y la de 1993) recogieron similar modelo económico: la economía social de mercado.

Además, el Código de 1984 regula una serie de puntos que, muy por el contrario, representan un avance frente a cualquier doctrina de carácter estatista, como es el caso de la profusa normatividad que recibió un tema tan importante como es el del pago de obligaciones contraídas en monedas extranjeras, cuya tenencia fue, incluso, elevada a rango constitucional en 1993.

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se señaló que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, lo que resultaba imperativo enmendar para que dicho cuerpo legal no perdiese la calidad que tiene.

Pero quienes sostenían este argumento olvidaban que resulta normal que con el paso de los años la doctrina advierta fallas en una ley.

De ninguna manera vamos a esperar que una ley sea absolutamente perfecta. Esto es imposible.

Intentar conseguir un Código Civil perfecto es una fantasía o, peor aún, una utopía. Pero el mayor peligro radica en creer que este objetivo se puede alcanzar.

Debemos aprender de aquello que ocurrió con el Código francés, que dio lugar al más luminoso proceso de comentarios de toda la historia del Derecho de la tradición jurídica romano-germánica, tanto por la cantidad, como por la calidad de exégetas que hicieron infinitos aportes al texto de ese cuerpo legal.

Fueron ellos quienes detectaron los errores en que había incurrido el Código Napoléon, pero para que el medio jurídico tomase conciencia de los mismos no fue indispensable recurrir al fácil expediente de la reforma legislativa integral.

Si bien muchas de las normas de ese Código han sufrido modificaciones en estos 205 años de vigencia, muchas otras no; pero éstas y aquéllas, a pesar de sus deficiencias, han sido complementadas rigurosamente, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

Y esta situación no es privativa de Francia, pues se extiende a muchos otros países de Europa y América Latina, como son España, Italia, Alemania y Argentina, por citar sólo a los más representativos.

Pero, independientemente de los argumentos que nos llevaron a desestimar aquéllos que se esgrimieron a favor de la reforma, existen otras poderosas razones para no enmendar integralmente el Código de 1984.

En primer lugar, creemos que todo Código Civil debe pasar por un proceso natural de maduración en el tiempo.

De ninguna manera pretendemos idealizar la ley, pero sí buscamos señalar que es importante entender que el Derecho Civil no es el Código Civil (ni viceversa), que el Código Civil no es mejor o peor sólo por su contenido, sino por la calidad de la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique en la realidad. Debemos también convencernos de que el proceso de maduración de un Código Civil es lento y no demora años, sino décadas; debemos comprender, al fin y al cabo, que la estabilidad legal —en general— y la del Código Civil —en particular—, son muy importantes dentro de una sociedad.

Asimismo, debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos aún cuando aquello que

las impulsa en realidad no es, fundamentalmente, el imperativo social ni jurídico, sino el afán de traducir en ley todo aquello que nos resulta más convincente, persuasivo o que es más agradable al oído.

En segundo lugar, estoy convencido de que el Código de 1984 es un buen Código, de modo que resultaría peligroso enmendarlo de manera integral, en un lapso tan corto de vigencia.

Como tercer argumento para no reformar integralmente el Código, sostenemos que si bien es cierto que dicho cuerpo legal generó el más amplio proceso de discusión doctrinaria que se haya registrado en el Perú, ese proceso aún no es suficiente. Esto resulta obvio porque existen muchos temas sobre los cuales todavía no se ha escrito nada, muchos otros sobre los que se ha escrito muy poco y solamente algunos pocos sobre los que se ha escrito en proporciones medianamente razonables.

Pero no basta con que un tema sea abordado en una obra; resulta indispensable que se trate en varias, de modo tal que las opiniones escritas, repito: escritas, de diversos autores se confronten, se desarrollen y se produzca realmente una discusión doctrinaria de calidad sobre las diversas materias del Código Civil.

Considero que esta discusión recién asoma y que en el futuro podría afirmarse la solidez de la doctrina peruana.

Por otra parte, debemos resaltar que hoy en día no existe el consenso requerido para modificar integralmente el Código de 1984. Prueba de ello es que el medio jurídico y académico está dividido en diversas posiciones: aquélla que encarnan los integrantes de la Comisión que buscaba elaborar una Ley de Enmiendas que abarque la integridad del Código; una segunda posición que apuesta por un Código Civil absolutamente novedoso (inicialmente sostenida por los propulsores del Análisis Económico del Derecho y ahora sostenida por otro grupo muy distinto de profesores, fundamentalmente adscritos a la influencia de la doctrina italiana); y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquéllos que estamos convencidos de que la reforma integral es el peor de los caminos y que, por el contrario, el Código debe seguir su proceso natural de maduración y evolución.

No obstante, esto no significa que, si hubieren algunos puntos de imperiosa necesidad, no se puedan efectuar modificaciones muy puntuales; pero sin alterar la estructura orgánica del Código.

De continuar el empeño de modificar todo el Código, nuestro medio jurídico correría el grave riesgo de que, luego de producida la reforma, ésta sea cuestionada al poco tiempo, de modo que tengamos, en un breve lapso, una nueva discusión acerca de la necesidad de realizar una Ley de Enmiendas a la seguramente defectuosa Ley de Enmiendas.

Sin duda, ésta sería una especie de «historia sin fin», que podría contarse innumerables veces.

Y no olvidemos que ni siquiera sería necesario esperar a ese momento, porque hoy en día, con la sola existencia de un Proyecto, elaborado a este respecto por una Comisión oficial, las críticas al mismo han sido y siguen siendo abundantes, dados los infinitos defectos que contiene.

Si la modificación integral del Código Civil de 1984 se hubiera producido, como hubiesen deseado algunos, por poner una fecha tentativa, en noviembre del año 2005, estaríamos hablando de un Código que habría tenido tan sólo 21 años de vigencia. Sin duda, el que un Código dure 21 años no sería un mérito sino un demérito para el país. Sólo por compararlo con el Código Civil de 1936 — al que muchas veces se ha criticado de manera injusta e ignorante —, podríamos decir que el Código Civil de 1984 habría durado menos de la mitad de su predecesor inmediato. Por otra parte, no me cabe duda de que esta vigencia, inusitadamente breve, hubiera hecho que los civilistas de diversos países del mundo, al enterarse del acontecimiento, se empezaran a preguntar cuántas cosas malas tuvo ese Código, cuántas doctrinas equivocadas recogió, cuántos errores se cometieron en su elaboración.

Pero, paradójicamente, los profesores que iniciaron en 1992 la empresa de modificar el Código Civil de 1984 sostenían que era un Código de avanzada, y que había recibido elogios de prestigiosos colegas de muchos países. No dudo de la existencia de los elogios. Es más, creo en varios de ellos. De lo que dudo es del hecho de que esos profesores peruanos — que fomentaron la reforma — hubiesen estado, en el fondo, convencidos del contenido de dichos elogios; pues si los hubieran compartido, de seguro no hubiesen transitado por ese camino.

¿Se acuerda el lector de esa vieja serie de televisión llamada *La Isla de la Fantasía*?

En el Perú, a diferencia de la antigua serie, no tenemos a un simpático enanito, llamado «Tatoo» que se emocionaba cada vez que veía llegar un avión y exclamaba: «¡El avión..., el avión...!». Pero, resulta lamentable que haya personas que no puedan vivir ni dormir sin la idea de que cada día se cambie algún artículo del Código; que cada día vengan a esta *Isla de la Fantasía* nuevos pasajeros, nuevos visitantes, conocidos y desconocidos, de otros países (no de fantasía sino de realidad), para que nos digan que nuestras palmeras y nuestras bailarinas son bellas; que nuestro Código es lindo, hermoso; en una palabra, «fantástico».

Pero ello no nos será suficiente, ya que como esos turistas volverán a nuestra *Isla*, nos esmeraremos en presentarles — cuando regresen — un paisaje distinto; vamos a esforzarnos para que nuestras palmeras sean más

frondosas, para que los artículos de nuestro Código tengan más párrafos; para que todo esté lleno de plantas, para que todo el Código esté lleno de definiciones; para intentar que todo esté explicado; en buena cuenta, para que el paisaje que ayer vieron, hoy lo noten totalmente renovado.

Pero pienso que hasta el propio actor Ricardo Montalbán, protagonista de *La Isla de la Fantasía*, se hubiese empezado a preocupar si se recargara tanto el paisaje de su isla. Ello, porque se correría el riesgo de que ese agradable paisaje deje de serlo y de que esos jardines se conviertan, por lo atiborrado de sus plantaciones, en una monstruosa y espesa selva, en donde nada esté claro y en donde reine la más absoluta confusión.

Esa *Isla de la Fantasía* habría dejado de ser bella, se habría convertido en una huachafería a donde nadie querrá volver.

Ni el Perú ni el Código vigente son la *Isla de la Fantasía*. El Código Civil de 1984 es simplemente un Código; pero, el problema estriba en que para algunas personas sí lo es.

Puede que los habitantes de la *Isla de la Fantasía* alguna vez hayan creído en que esa tierra era real; pero, si creían que era la tierra más bonita, estaban equivocados, pues es obvio, al fin y al cabo, sólo era una ficción; ficción que se empeñarán en considerar como cierta y a la vez en tratar de modelar permanentemente, cual mediocre obra de arte frustrada e inconclusa.

Eso es lo que algunos creen que se debe hacer con el Código Civil.

El Código, malo, regular, bueno, muy bueno, o digno del paraíso, no es sino un Código más dentro de la tradición jurídica romano-germánica y el Perú es solamente un país más dentro de esa tradición.

Si se llegara a promulgar una Ley de Enmiendas sobre la integridad del Código Civil, ella habría sido elaborada sin que lo pida ni lo necesite el medio jurídico nacional. Pero sería dicho medio jurídico el que tendría que padecer las consecuencias de una reforma de tal magnitud que lleve a que muchos colegas, ajenos al ámbito académico o a la docencia universitaria, sientan que existen otros que *saben* más que ellos y que ha resultado imprescindible la inclusión en ese nuevo Código de toda cuanta definición fuere imaginable; de todo concepto o de toda teoría sofisticada, sostenida tal vez por algún o algunos profesores extranjeros, pero que resultan desconocidas para el Abogado peruano; y no sólo desconocidas, sino, lo que es peor, en la mayoría de casos, inútiles.

Muchas de esas teorías son lo que los profesores del siglo XIX denominaban «sutilezas de escuela», de repente dignas de ser conversadas en un salón de clase, pero —aun así— de manera tangencial, pues harían que si destináramos más tiempo para su debate, en lugar de hacer que nuestros alumnos de Derecho aprendan conceptos que les sean útiles en la vida práctica, lograríamos simplemente que pierdan el tiempo.

Siempre tuve la certeza de que si —dentro de esa óptica equivocada— se llegara a elaborar una Ley de Enmiendas general sobre el Código Civil, ella pecaría al extremo de convertir al Código en un precario y discutible manual de Derecho. Con dicha reforma llegaríamos en el Perú a la degradación absoluta de lo que debe ser un Código Civil. La lectura del Proyecto de Ley de Enmiendas, al que hemos hecho referencia, me ha dado toda la razón.

Un Código no puede ni debe cumplir la que es función natural de los libros y aulas de Derecho. Por algo existen Universidades. Ahí se aprende, y quienes lo hacen, si se titulan, serán abogados.

También debemos comprender que el Código Civil no es patrimonio de nadie en especial; ni siquiera de sus autores y —mucho menos— de camarillas que han hecho del *lobby* su oficio y *leit-motiv*. El Código Civil es —para bien o para mal— patrimonio de todos los peruanos y de todos los que vivimos en este país.

Es obvio que los errores que presenta el Código de 1984 no me quitan el sueño, que puedo dormir tranquilo sabiendo que tiene esos errores, porque ello es normal; porque todo Código los tiene; y porque estoy convencido, como dijera alguna vez don Fernando de Trazegnies, que los Códigos no deben cambiarse a cada rato, porque eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

Nunca me he sumado a esa pereza interpretativa.

Desde 1986 he dedicado buena parte de mis días a interpretar el Código de 1984 y el Derecho Civil, y creo que ésa debe ser la labor de los profesores de Derecho, para que el medio jurídico siga conociendo sus verdaderos alcances y limitaciones.

Luego de haber tenido una notoria actividad durante el gobierno de Alberto Fujimori, la Comisión de Reforma del Código Civil quedó desactivada al caer ese gobierno.

Sin embargo, en diciembre del año 2002 se recompone la Comisión Oficial de Reforma del Código Civil, nombrándose al doctor Jorge Avenaño Valdez como su Presidente.

4. ¿UN CÓDIGO CIVIL DE CONTRABANDO?

En marzo del 2005 fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia del Perú una parte de las reformas propuestas, las mismas que alterarían notoria y lamentablemente el Título Preliminar del Código Civil, cuya aplicación supletoria se extiende a muchas áreas del Derecho; el Libro de Derecho de Personas, en donde se pretende introducir peligrosas innovaciones en Personas Naturales y engorrosas reformas en Personas

Jurídicas; el Libro del Acto Jurídico, en el cual se pretende trastocar conceptos fundamentales de la materia y se ignora las doctrinas más calificadas al respecto; el Libro de Derechos Reales, en el cual se plantea modificar innecesariamente la clasificación de los bienes y se introduce para los bienes inmuebles —y sin ningún parámetro— el pacto comisorio;⁷ y la Sección de Responsabilidad Extracontractual, en donde se cambiaría la claridad por la ambigüedad.

Y eso que no habían sido publicadas todavía las reformas que se pretende hacer en cuanto a las importantísimas materias de Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho de Obligaciones y Contratos, las mismas que, como se pudo ver en abril del 2006, no superaron la poca calidad de las publicadas en marzo del 2005.

Comparado con el Código vigente de 1984, el Anteproyecto era notoriamente más defectuoso y no respondía a las necesidades reales del medio jurídico, sino a otros intereses.⁸

Por otra parte, dicho proyecto no había sido objeto de discusión pública alguna y, por primera vez en la Historia del Perú, se pretendía modificar radicalmente un Código Civil por el solo trabajo de una Comisión Reformadora, sin que su labor sea posteriormente analizada en detalle y fiscalizada con pulcritud por una Comisión Revisora designada por el Congreso de la República, como sí ocurrió cuando se modificó el Código Civil de 1852 y cuando se modificó el Código Civil de 1936; ello, a pesar del notable nivel que tuvieron esas Comisiones.

En ese sentido, si se hubiese aprobado el Proyecto de Ley, el Congreso hubiera hecho fe de algo que no la merecería y que hubiese alterado notablemente el ordenamiento jurídico peruano. Se hubiese tratado, en buena cuenta, de un Código Civil de contrabando.

Este inusitado proceder del Poder Ejecutivo, mereció —en noviembre y diciembre del año 2005— el rotundo rechazo del Colegio de Abogados de Lima, del Colegio de Notarios de Lima, de la Junta de Colegios de Notarios del Perú y de la Cámara de Comercio de Lima, instituciones que publicaron sendos comunicados en los principales diarios de la Capital de la República, invocando al Congreso a que no otorgue al Poder Ejecutivo las facultades solicitadas y exhortando a

7 Recién incorporado en la legislación nacional a partir del 22 de marzo de 2006, a través de la Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas (Referencia a la Ley de Hipotecas de interés social) y el 30 de mayo de 2006, con la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley n.º 28677, pero restringida a los bienes muebles.

8 Lo que puede constatare fácilmente en *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso* (CASTILLO FREYRE, Mario. Lima: Palestra, 2005).

que las materias que se pretende modificar sean discutidas públicamente.

En tal sentido, los temas que merecieron la mayor atención y preocupación por parte del medio jurídico peruano, fueron los siguientes:

- En el Título Preliminar del Código Civil se quiere introducir como principio del Derecho la teoría de los actos propios, que es atentatoria contra la libertad de las personas de poder cambiar de opinión, siempre y cuando ese cambio de opinión sea conforme a Derecho.
- En el mismo Título Preliminar se intenta introducir un cambio muy peligroso, al suprimir a la doctrina su calidad de fuente del Derecho, la misma que hoy ostenta —sin que exista norma alguna que regule el tema—, junto a la ley, la jurisprudencia y la costumbre.
- Por otra parte, se pretende suprimir el deber que hoy tienen los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.
- Asimismo, se pretende derogar el deber que hoy tienen la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación de dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación; deber compartido por los jueces y fiscales, respecto de sus correspondientes superiores.
- Causan honda preocupación las modificaciones que se pretende realizar en cuanto a las personas naturales, como es el caso de las innecesarias y sombrías modificaciones sobre el régimen de la capacidad e incapacidad.
- Asimismo, se busca regular el tema del vientre de alquiler, optando por señalar en una norma legal, que tendrá la condición de madre, aquella persona que gestó al niño, sin otorgar protección alguna a la madre biológica.
- Asimismo, resulta en extremo engorroso el régimen propuesto para las personas jurídicas, en donde se abusa del reglamentarismo.
- En lo que respecta a las personas jurídicas, preocupa el proyectado artículo 78, en el cual se instauraría como regla la posibilidad de levantar el velo societario en las personas jurídicas que han sido constituidas con responsabilidad limitada, cuyo ejemplo más notorio son las sociedades anónimas.
- Con ello se pretende, so pretexto de supuestos actos fraudulentos, que se pueda levantar el velo societario y que los acreedores puedan cobrar las deudas de la empresa a los socios o accionistas.

- En buena cuenta, esta situación resultaría en extremo peligrosa, ya que de aprobarse, haría que dé lo mismo constituir una empresa o no constituir la.
- De igual modo, el Anteproyecto de Enmiendas abusa de la solidaridad, intentando instaurarla como regla en las relaciones de las personas jurídicas con terceros, comprendiendo dentro de tal solidaridad, no sólo a sus socios, sino a los directivos y funcionarios de todas las personas jurídicas.
- De la misma forma, se quiere instaurar la solidaridad como regla general en Derecho de Obligaciones y Contratos, ya que hoy el tema funciona perfectamente cuando las partes pactan la solidaridad.
- Asimismo, nos parece indebida la propuesta de suprimir las arras, mecanismo muy útil y difundido en la contratación.
- También causa extrañeza la idea proyectada de cambiar la regulación de los bienes muebles e inmuebles, por registrados y no registrados, alterando notoriamente la materia, no sólo en la legislación civil, sino en todas las áreas del Derecho.
- Asimismo, preocupa el hecho de que se pretenda aprobar el denominado pacto comisorio, que no es otra cosa que el principio por el cual, incumplida una obligación, el acreedor pueda quedarse automáticamente con la propiedad del bien hipotecado, sin verificación alguna por parte del Estado de los requisitos formales de dicha adjudicación.
- De igual modo, preocupa que, en el artículo 156 que se propone modificar, se establezca que para enajenar bienes por poder sólo se requiere documento de fecha cierta y no escritura pública como en la actualidad, lo que implica un grave riesgo, considerando lo común que resultan las falsificaciones de documentos en el Perú.
- También preocupan las reformas que se pretende hacer en una serie de materias que todavía no habían sido publicadas, pero sobre las cuales teníamos conocimiento extraoficial, como es el caso del Derecho de Familia, del Derecho de Sucesiones (en donde se pretende eliminar la legítima y las restricciones a la libre disposición testamentaria); del Derecho de Obligaciones y del Derecho de Contratos.

En realidad, muchas veces me he preguntado a mí mismo por qué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es porque desde 1994 cuando me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corrien-

te. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho y todos los abogados pensáramos igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

Pero felizmente en el Perú, el pensamiento jurídico es muy rico, y esta riqueza —estoy convencido—, es fundamentalmente ajena a los intentos oficiales de reforma de nuestra legislación civil.

Este año se cumplen dieciséis años desde que empecé a sostener en público la inconveniencia de modificar el Código de 1984 de manera integral; y si hay algo de lo que no me podrá acusar nadie, es de haber sido inconsecuente, pues desde el primer día he sostenido lo mismo y, además, lamento haber vaticinado el devenir del proceso de reforma.

Muchas veces mis alumnos o los auditorios de Derecho que me han escuchado hablar sobre este tema habrán podido pensar que he sido demasiado radical, hasta que he sido injusto en lo que respecta a la idea de no reformar de manera integral el Código de 1984. Tal vez incluso hayan pensado que exageraba.

Sin embargo, esos pensamientos sólo podrían provenir de personas que no conocían a fondo los entretelones de este «proceso» de reforma y que no lo habían seguido de cerca, como yo sí lo he seguido.

Hasta marzo del 2005, no tenía otra forma de convencer a mis lectores que la fe que les podían generar mis palabras.

Pero eso felizmente cambió, en la medida de que —como ya lo hemos señalado— ese mes y año fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia la primera parte del Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil. Esta primera parte comprendía el Título Preliminar y los Libros de Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Responsabilidad Extracontractual (Sección) y Derecho Internacional Privado.

Con esta publicación, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto debía demostrar a la opinión pública, en general, y al medio jurídico, en particular, que había hecho un buen trabajo, un trabajo cuyos méritos justificaran las 85 sesiones que tuvo.

Además, dicho trabajo debía atestiguar consecuencia con los anuncios hechos por los integrantes de esa Comisión, en el sentido de que sólo se iba a modificar aquello que resultara *urgente y necesario*. La línea citada no constituye un invento mío, sino que fue manifestada públicamente por varios de ellos y además fue ratificada en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, por el propio Presidente de la Comisión.

Pero, en realidad, el Anteproyecto no recogía ni lo urgente, ni lo necesario, sino más bien un conjunto de reformas que no guardaban coherencia teórica entre sí, además de regular diversos temas en que resulta superfluo hacerlo y, de contener un conjunto de disposiciones que distorsionaban diversos aspectos fundamentales de las áreas cuya regulación — en teoría —, se intentaba mejorar.

Me apena que éste haya sido el resultado de la labor de la Comisión. Me apena que no me haya equivocado en mis sombríos vaticinios sobre su trabajo. Pero, otro no podía ser el resultado, cuando lo que motivó en realidad el proceso de reforma del Código Civil no fue la imperiosa necesidad de lograr un perfeccionamiento de la normatividad legal, sino las tentaciones académicas de algunos profesores de Derecho, que — como ya hemos señalado — buscan permanentemente traducir en ley todo aquello que consideran como mejor doctrina.

Además, el proceso de reforma del Código Civil siempre estuvo herido de muerte, pero hoy lo está mucho más, en la medida de que el medio jurídico nacional se encuentra profundamente dividido a este respecto y, resulta claro que las figuras más representativas del Derecho Civil peruano no están acompañando el proceso de reforma.

Lamento mucho que esto sea así, fundamentalmente porque existe una obstinación por reavivar un proceso que se cayó por su propio peso.

Y el lastre está representado por la calidad de las propuestas publicadas; y porque éstas no resisten un riguroso análisis jurídico por parte de académicos y profesionales independientes, es decir, ajenos al proceso de reforma y ajenos, obviamente, a la Comisión.

Nadie, absolutamente nadie representativo del mundo académico y profesional peruano elogió el Anteproyecto publicado por la Comisión.

Ahora bien, tal vez sea yo el que más lamente esta situación, habida cuenta de que, siendo consecuente con mi línea de pensar y de actuar, debo proseguir mi labor con respecto a la defensa del Derecho Civil y de nuestro ordenamiento jurídico y, en tal virtud, no tengo la ventaja de poder quedarme callado.

No se piense que con mis críticas pretendo un absoluto inmovilismo legal en lo que respecta al Código Civil. Lo que busco es estabilidad jurídica y que, si algún día se modificara el Código, dicha modificación realmente sólo abarque aquello que resulte urgente y necesario y, además, que dicha modificación sirva para que el nuevo texto sea sustancialmente mejor y, sobre todo, más útil que aquél que se encuentra en vigencia.

No podemos promover un proceso de reforma en el que las normas que se proponen son, incluso, más defectuosas que las vigentes.

Creo que estoy realizando una especie de Servicio Cívico Obligatorio, dada mi condición de abogado en ejercicio y de profesor universitario. Guardar silencio sobre este particular implicaría no ofrecer resistencia a un despropósito legislativo.

5. EL ANTEPROYECTO DE MARZO DEL 2005

El debate relativo a la reforma del Código Civil se reactualizó a raíz de que con fecha 25 de febrero de 2005, se promulga la Resolución Ministerial n.º 130-200-JUS, que autorizó la publicación de parte del Anteproyecto que venía trabajando la Comisión, publicación que —como hemos dicho— se produjo en marzo del 2005 en la página web del Ministerio de Justicia.

La publicación de esa parte del Anteproyecto en la página web del Ministerio de Justicia, motivó que escribiera el trabajo titulado «Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso», en el que analicé el Anteproyecto en la parte relativa al Título Preliminar.

El referido trabajo salió publicado en dos partes, en «Jurídica» el suplemento de Derecho del Diario Oficial «El Peruano», los días martes 26 de abril y martes 3 de mayo de 2005, en varias páginas completas.

Con estas publicaciones se desató el escándalo, habida cuenta de que era la primera vez que alguien comentaba el Anteproyecto y, además, era absolutamente implacable con respecto a su defectuoso contenido.

Estoy seguro de que a partir de esas publicaciones todo empezó a cambiar. La Comisión estaba notificada de que con ella no habría concesiones.

Además, a los pocos días, otros profesores también escribieron en contra del Anteproyecto.

Así, el martes 31 de mayo de 2005, el Profesor Leysser León Hilario escribió en torno a «La responsabilidad extracontractual»; el martes 7 de junio de 2005, los profesores Eric Palacios Martínez y Rómulo Morales Hervías escribieron sobre «Enmiendas al Libro II del Código Civil».

Luego, salió publicado otro artículo mío, titulado «Derecho de Personas: Confundiéndolo todo», en el que criticaba severamente las normas del Anteproyecto referidas a Personas Naturales.

Estos artículos y la firme actitud que había asumido contra el Anteproyecto, a la par que los artículos que otros profesores habían escrito en contra del mismo, motivó que algunas personas me soltaran a alguna gente que —siendo bisoña en la docencia— se prestó a abdicar de su espíritu crítico, habiendo prestado también sus nombres y sus fotos para que aquéllos de quienes depende su suerte me atacaran cobardemente

en el plano personal y no en el estrictamente académico, que es de donde nunca debería salir este debate.

Los siguientes meses están signados por el esfuerzo de la Comisión de avanzar lo más posible su Proyecto y forzar, a la par, el mecanismo de delegación de facultades.

Para ello, contaron posteriormente con el decidido apoyo del Ministerio de Justicia, Sector en el que yo había sido convocado para integrar la Comisión Consultiva, encargo que me fue formulado por Resolución Ministerial n.º 283-2005-JUS, de fecha 1 de julio de 2005, por el entonces Ministro doctor Eduardo Salhuana Ramírez. Asimismo, mediante Resolución Ministerial n.º 335-2005-JUS, de fecha 25 de agosto de 2005, fui ratificado por el nuevo ministro, doctor Alejandro Tudela Chopitea.

Durante la gestión del Ministro Salhuana, la Comisión siguió trabajando, pero tuvo un desempeño algo anónimo. Sin embargo, todo cambió cuando Salhuana dejó el Ministerio y fue reemplazado por Tudela y por el Vice-Ministro Jaime Reyes Miranda, quienes «se compraron el pleito» a favor de la Comisión, desoyendo las críticas de quienes nos oponíamos al Proyecto.

Yo, personalmente, hablé con ellos en una sesión de la Comisión Consultiva del Ministerio, en la que les hice saber al Ministro, al Vice-Ministro, a la Directora General y al Jefe de Gabinete de Asesores, cuál era mi posición en torno al particular.

E inclusive les remití una carta a cada uno de ellos, adjuntándoles el libro al que haré referencia seguidamente. Ello, con fecha 30 de septiembre de 2005.

Por otra parte, en el mes de septiembre de ese mismo año publiqué mi libro «Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso», con la valiosa colaboración de mi exalumna y discípula Verónica Rosas Berastain.

Este libro desnudó los defectos del Anteproyecto y fue algo así como un torpedo que impactó en la línea de flotación de un barco que ya hacía agua.

En sus 299 páginas hicimos polvo el Anteproyecto, en lo que respecta a las propuestas referidas a los Libros cuyas reformas ya habían sido publicadas por la Comisión en marzo de ese mismo año en la página web del Ministerio de Justicia.

Ese libro fue todo un éxito y marcó el punto de inflexión de la Reforma. Era evidente que el Anteproyecto, tal como estaba planeado, se había caído por su propio peso (aunque, es verdad, también ayudamos un poco para que se caiga).

La gente empezó a conocer todos los errores del Anteproyecto y

cada vez más me encontraba con personas que me daban la razón en la cruzada que había emprendido.

Pero, la Comisión y el Ministerio parecían ser los únicos que no entendían que el Anteproyecto de marzo del 2005 estaba destinado al fracaso.

Es así que desde el Ministerio se tramita que el Poder Ejecutivo solicite formalmente al Congreso de la República la delegación de facultades, a fin de poder promulgar las supuestas enmiendas del Código Civil a través de un Decreto Legislativo, sin discusión pública, sin debate abierto y sin una Comisión Revisora que pudiera corregir tantos errores.

El 9 de noviembre de 2005 el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique y el Presidente del Consejo de Ministros, Pedro Pablo Kuczynski Godart, envían al Presidente del Congreso, doctor Marcial Ayaipoma Alvarado el Oficio n.º 115-2005-PR, en el cual solicitan las referidas facultades.

El Ministerio de Justicia se había propuesto, pues, sacar ese defectuoso Anteproyecto, lo más rápido posible y a como diera lugar.

Era evidente que teníamos que hacer frente a tamaño despropósito.

Es así que algunos buenos amigos del Partido Aprista conversaron con el Presidente de la Célula Parlamentaria Aprista, doctor Luis Alva Castro, quien presentó un Proyecto de Ley alternativo, el n.º 14141/2005/CR, por el cual se proponía la creación de una Comisión Revisora del referido Anteproyecto.

Dentro de la decisión tomada de hacer frente al despropósito de la delegación de facultades, el lunes 28 de noviembre nos presentamos en el Programa de Televisión «Rumbo Económico» de Canal N, entrevistados por David Rivera.

Esa noche se armó el escándalo en el Ministerio de Justicia.

Varios miembros de la Comisión increparon al Ministro que cómo era posible que un miembro de la Comisión Consultiva trabara un proyecto del propio Ministerio.

El Ministro les dio la razón y a través del Jefe de Gabinete de Asesores me solicitó conversar al día siguiente.

El martes 29 de noviembre fui al Ministerio y presenté mi carta de renuncia irrevocable a la Comisión Consultiva.

Al día siguiente, el Diario «El Comercio» publicó una breve síntesis de mi posición en torno a la reforma del Código Civil.

Habiendo tomado conocimiento del apuro del Ministerio de Justicia, la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, presidida por el doctor Marcos Ibazeta Marino, convocó a la Comisión Consultiva del

Colegio que se ocupa de lo relativo a la actualización y reforma del Código Civil.

A dicha sesión, presidida por la Directora de Comisiones y Consultas, doctora María Luisa Valdivia Bocanegra, acudieron el doctor Carlos Fernández Sessarego, la doctora Luz Monge Talavera y los demás distinguidos miembros de la Comisión, además del suscrito.

Esa noche la citada Comisión aprobó un Proyecto de Comunicado que alcanzó a la Junta Directiva y ella lo hizo suyo, habiéndolo publicado en el Diario «El Comercio» y en el Diario Oficial «El Peruano», el día 4 de diciembre de 2005.

Y siguiendo el ejemplo del Colegio de Abogados de Lima, algunos días después el Colegio de Notarios de Lima también publicó en el Diario «El Comercio», un aviso con su parecer al respecto, el mismo que coincidió, plenamente, con el del Colegio de Abogados de Lima.

En la tarde del mismo lunes 5 de diciembre, la Comisión, con la presencia del Ministro y del Vice-Ministro de Justicia, se presentó en una sesión conjunta de las Comisiones de Justicia y Constitución del Congreso de la República.

En la televisión se vio en directo esa sesión, en que los Congresistas recibieron a la Comisión de Reforma del Código Civil con mi libro «Ni urgente, ni necesario», en sus manos.

Ese mismo día 5 de diciembre, en horas de la noche, apareció en el programa «Rumbo Económico» de Canal N, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, doctor Oswaldo Hundskopf Exebio, entrevistado por Jimena de la Quintana.

Al día siguiente de la sesión del Congreso, apareció en el Diario Oficial «El Peruano» una entrevista que tuvo la gentileza de hacerme Mario Solís Córdova.

La desesperación del Ministerio había llegado a tal grado que con fecha 12 de diciembre hizo llegar al Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, doctor Ántero Flores Aráoz Esparza, una extensa carta en la que pretendía justificar lo injustificable: ¡¡¡que el Anteproyecto sí se había discutido!!!

Pero, esa misma tarde estuvimos en el Congreso, pues la Comisión de Constitución y Reglamento había citado al Colegio de Abogados de Lima, a la Junta Nacional de Decanos de Colegios de Notarios y al Colegio de Notarios de Lima.

El Decano y la Junta Directiva del Colegio de Abogados me hicieron el honor de pedirme que los acompañe.

Todas estas expresiones públicas merecieron la reacción de la Cá-

mara de Comercio de Lima, importante institución que, con fecha 13 de diciembre de 2005 —a través de su Presidenta, la doctora Graciela Fernández-Baca de Valdez— hizo llegar al Presidente del Congreso una carta en la que expresaba su preocupación por la manera cómo se venía desarrollando el proceso de reforma.

En la noche del martes 13 de diciembre, tuvo la gentileza de entrevistarme en Canal 2 de Televisión —Frecuencia Latina—, el señor César Hildebrandt, quien, con la perspicacia que lo caracteriza, advirtió rápidamente la importancia del tema y la extraña prisa del Poder Ejecutivo por aprobar el Anteproyecto.

El 15 de diciembre de 2005, el Ministro de Justicia respondió a mi carta de renuncia irrevocable a seguir integrando la Comisión Consultiva de dicho Ministerio.

Al día siguiente, aparece publicado en el Diario «Perú.21» un artículo de mi autoría, cuyo título, «Una dictadura poco conocida», sintetizaba su contenido.

El 21 de diciembre de 2005, apareció en el Diario «Gestión» una nota sobre el tema, en la que se transmitía la preocupación del empresariado sobre el proceder del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, el 26 y el 27 de enero de 2006, el Ministerio de Justicia procedió a constituir una serie de comisiones para modificar un grupo de leyes muy importantes en la vida del país.

Así, el 26 de enero se publicó la Resolución Ministerial n.º 024-2006-JUS, mediante la cual se constituyó una Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguro.

Al día siguiente, por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS se constituyeron dos Comisiones Técnicas para revisar la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje y la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación y para el perfeccionamiento del marco jurídico aplicable a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

Ese mismo día se constituyeron otras dos Comisiones Técnicas para la revisión de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley n.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo y para elaborar las Bases para el Proyecto de Ley de la Administración Pública.

Si a ese conjunto de Comisiones, agregamos la propia Comisión de Reforma del Código Civil, cuyo proyecto el Ministerio estaba empeñado en que se aprobase a la brevedad, ya teníamos una media docena de Comisiones, trabajando a marchas forzadas, con plazos perentorios de 90 días.

Ello motivó que escribiera un artículo que, bajo el título de «Las sorpresas de la hora nona», el Diario «Perú.21» tuvo la gentileza de publicarme el día lunes 20 de febrero de 2006.

6. EL PROYECTO DEL 11 DE ABRIL DE 2006

A fines de enero, el Ministerio había conminado a la Comisión a terminar su trabajo. Sin duda, el costo político que había tenido el MINJUS ya era muy alto.

El domingo 5 de febrero de 2006, a través de la Resolución Ministerial n.º 043-2006-JUS, el Ministerio de Justicia dispuso la publicación de las propuestas de reformas *urgentes* al Código Civil y su exposición de motivos en la página web del Ministerio.

Dentro del cronograma que le había impuesto el Ministerio de Justicia, del cual depende legalmente, la Comisión tuvo que participar en un primer evento de *análisis* del proceso de reforma del Código Civil.

Dicho evento se programó en el pequeño auditorio del Ministerio de Justicia, con capacidad para 180 personas, y en él expusieron solamente los miembros de la Comisión, teniendo como panelistas a abogados amigos de ellos.

En un acto verdaderamente efectista, se programó la intervención, también como panelistas, de *representantes* del Colegio de Abogados de Lima.

Ello se hizo con la finalidad de decir después que el Colegio había participado del proceso de reforma y que se le había escuchado, cuando ello no era cierto, ya que los llamados *representantes* no eran otra cosa que abogados independientes, a quienes el Colegio les había pasado la voz para que asistieran al evento en calidad de panelistas, a título personal y sin comprometer —en lo absoluto— al gremio de los abogados.

No está de más decir que cada panelista tendría diez (10) minutos para hablar, versus la media hora que tuvo cada miembro de la comisión.

El doctor Carlos Fernández Sessarego y yo nos negamos a participar.

Habida cuenta de que los eventos del Ministerio y la Comisión tenían un sesgo evidente, quienes nos oponíamos a la reforma organizamos un evento abierto y gratuito, en el Auditorio «José León Barandiarán» del Colegio de Abogados de Lima.

Ese evento fue auspiciado por el propio Colegio, por actitud decidida de su Decana, la doctora Greta Minaya Calle, por el Estudio Bautista y León, por *Iuris Consulti* Editores y por mi Estudio de Abogados.

Fue un éxito.

500 personas inscritas, lleno total del auditorio y los mejores expositores: Jack Bigio Chrem, Carlos Fernández-Sessarego, Rita Sabroso Minaya, Sofía Ode Pereyra, Rómulo Morales Hervias, Luis García y García, Mario Solís Córdova, César Fernández Arce, Verónica Zambrano Copeillo, Olga María Castro Pérez-Treviño, Eduardo Barboza Beraún, Hernán Torres Álvarez, Álvaro Delgado Scheelje, Jorge Ortiz Pasco, Luciano Barchi Velaochaga, Alfonso Rebaza González, Jorge Vega Soyer, Víctor Madrid Horna, Leysser León Hilario, Verónica Rosas Berastain, César Delgado Barreto, Gonzalo García-Calderón Moreyra y César Candela Sánchez.

El medio jurídico pudo escuchar las voces de quienes sí tenemos buenas razones para oponernos a tan defectuoso Proyecto.

El referido evento tuvo lugar entre el martes 4 y el viernes 7 de abril de 2006.

Como respuesta a este evento, el Ministerio de Justicia publica, por primera vez, el Anteproyecto completo en una Separata Especial del Diario Oficial «El Peruano», el martes 11 de abril de 2006.

No está de más decir que cinco días antes el propio Ministerio había enviado cartas a varios de los expositores de nuestro evento (obviamente no a mí), *solicitando sus opiniones* sobre el proyecto.

¡Cuánto interés tenía el Ministerio en esas opiniones, si sólo cinco días más tarde ya publicaba el Proyecto!

Sin duda, otro *saludo a la bandera*.

El jueves 20 de abril de 2006, el Diario Oficial «El Peruano» entrevista al Presidente de la Comisión, doctor Jorge Avendaño Valdez.

Algunos días después le contesté. Eso fue en el mismo Diario Oficial «El Peruano», el día 2 de mayo de 2006.

El Ministerio de Justicia y la Comisión, buscando convencer al Congreso de la delegación de facultades, programaron un seminario (el tercero) sobre la reforma, en el hemiciclo «Raúl Porras Barrenechea» del propio Congreso de la República.⁹

Ahí, naturalmente, no fue invitado nadie que no integrara la Comisión y — mucho menos — quienes nos oponíamos a la reforma.

Ese evento se realizó los días lunes 24 y martes 25 de abril de 2006.

En respuesta al desaire, el 24 de abril de 2006, el Colegio de Aboga-

⁹ Algunas semanas antes se había realizado el segundo seminario, casi a puerta cerrada, en el pequeño auditorio del Ministerio de Justicia.

dos de Lima hizo llegar al Presidente del Congreso de la República una carta.

La nueva estrategia del Ministerio y de la Comisión consistió, en primer lugar, en ya no utilizar la expresión *Anteproyecto de Ley de Enmiendas*, puesto que ya todos los que habíamos tenido algún contacto con él nos habíamos percatado de que, en realidad, dicho título escondía un proyecto de reforma prácticamente integral del Código Civil de 1984.

Así, lo que ahora presentaban ya no era un Anteproyecto de Ley de Enmiendas que contuviese, según afirmara en su momento la propia Comisión en su Exposición de Motivos original, enmiendas *urgentes y necesarias*, sino que presentaron una serie de propuestas de modificación. Cabe destacar que, como no podía ser de otra manera, la Comisión se mantuvo firme en el uso de la palabra *urgente*.

Si hay algo que rescatar de estas propuestas es que representaban un número considerablemente menor al de las enmiendas que en marzo, noviembre y diciembre del 2005 trataron de introducir en el Código Civil. Antes eran entre 400 y 500. Ahora se habían reducido a 142.

Pero, para nuestra sorpresa, tras revisar y contrastar las modificaciones formuladas en las *nuevas* propuestas y en el Anteproyecto respecto del Título Preliminar y los Libros de Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales y Responsabilidad Extracontractual — todos estos libros que analizamos en *Ni urgente, ni necesario* (y que correspondían a los temas publicados en la página web del Ministerio de Justicia en marzo del 2005) — nos encontramos con la *novedad* de que el número de enmiendas — en esas materias — se había reducido de 149 artículos a 49.

Esta diferencia de 100 artículos podría leerse de diferentes maneras.

Podemos pensar que la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Reforma por fin entendió que su misión no era la de redactar un nuevo Código, que nadie le había pedido que redacte un nuevo Código y que nadie quería que lo hiciera; por lo cual habría optado por ajustar sus propuestas de modificación a aquellos temas que, en efecto, sean urgentes.

Además, con la difusión pública de «Ni urgente, ni necesario», se desnudaron los innumerables defectos del referido Anteproyecto y el mismo se había vuelto tan impresentable, que la Comisión optó por no defenderlo públicamente.

La Comisión guardó el más profundo silencio.

En la publicación del martes 11 de abril de 2006, efectuada en el Diario Oficial «El Peruano» se volvían a publicar las propuestas relativas al Título Preliminar (4 artículos); a los libros de Derecho de las Personas (11 artículos); Acto Jurídico (8 artículos); Derechos Reales (19 artículos); Responsabilidad Extracontractual (7 artículos) y Derecho Internacional

Privado (2 artículos), además de publicar, por primera vez, las propuestas de reformas a los libros de Derecho de Familia (26 artículos); Derecho de Sucesiones (21 artículos); Derecho de Obligaciones (10 artículos) y Contratos, Parte General (15 artículos).

Esta propuesta tiene, en conjunto, 142 artículos.

Antes de concluir esta parte del presente trabajo, en la que informamos al lector acerca del desarrollo del proceso de reforma del Código Civil Peruano de 1984, debemos señalar que, finalmente, el Congreso de la República no otorgó al Poder Ejecutivo las facultades delegadas que solicitó a través del Oficio n.º 115-2005-PR, de fecha 9 de noviembre de 2005 (Proyecto de Ley n.º 14040).

Así, el Congreso, con fecha jueves 8 de junio de 2006, aprobó un Proyecto sustitutorio, en el cual constituía una Comisión Revisora.

Nuestra labor había dado resultados.

Ese proyecto fue aprobado por el Congreso y publicado en el Diario Oficial «El Peruano», como Ley n.º 28776, el viernes 7 de julio de 2006.

Esperamos que sobre este particular prime la razón.

Lima, mayo del 2010

Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil

*Alfredo Bullard Gonzalez**

SUMARIO: 1. *En el mundo de la Bella y la Bestia.* – 2. *¿Qué es el res ipsa loquitur?* – 3. *Requisitos para la aplicación del res ipsa loquitur.* – 3.1. *Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien.* – 3.2. *Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada.* – 3.3. *El hecho debe estar en la esfera de control del demandado.* – 3.4. *El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante.* – 3.5. *Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto a la causa del accidente.* – 4. *¿Se puede aplicar el res ipsa loquitur en el Perú?* – 5. *El res ipsa loquitur y la reducción del margen de error en la prueba.* – 5.1. *El problema de las precauciones recíprocas.* – 5.2. *El riesgo del error.* – 6. *Conclusión.*

1. EN EL MUNDO DE LA BELLA Y LA BESTIA

En la célebre película de Walt Disney basada en el cuento clásico de «La Bella y la Bestia» las «cosas» del castillo de la Bestia «estaban vivas» y hablaban. Así, como conse-

* El autor desea agradecer sinceramente la valiosa colaboración de Gisella Domecq en la investigación y elaboración de este artículo.

cuencia del hechizo del que fue víctima el príncipe del castillo, no solo se vio transformado en un monstruo, sino que todos los sirvientes se vieron convertidos en «menaje» animado, desde teteras, relojes y candelabros, hasta platos, muebles y alfombras. Pero, cada una de estas cosas tenía vida, hablaba y podía contarnos qué es lo que había ocurrido en cada momento. Era difícil pasear sin que alguna parte de los bienes del inmueble pudieran decir que te habían visto pasar. Con tanto «testigo» nada podía pasar desapercibido.

¿Se imagina el lector si ocurriera un accidente en el castillo y el acusante intentara eludir su responsabilidad amparándose en la falta de pruebas que acrediten cómo ocurrió el daño? Sin duda, el causante tendría serios problemas en eludir su responsabilidad, pues una serie de «testigos» presenciales del accidente declararían cómo fueron las cosas. La alfombra declararía que la caída de la víctima por las escaleras se debió al descuido del propietario de mantenerla estirada para evitar que hubiera un tropiezo, o el microondas diría que, efectivamente, el manual no explicaba adecuadamente su funcionamiento, o el auto que sus frenos no fueron revisados oportunamente. Si las cosas o las situaciones a ellas vinculadas hablaran, siempre sabríamos qué fue lo que pasó.

Los tratadistas y académicos vinculados al área de responsabilidad civil se han preocupado mucho en definir los aspectos conceptuales de elementos como el nexo causal, el daño, la antijuridicidad o el factor de atribución. Pero, la verdad de las cosas es que los problemas vinculados con la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son más fácticos que jurídicos. El problema principal de todo caso de responsabilidad civil, lejos de ser —si se aplican— factores de atribución objetivos o subjetivos o si existe causalidad adecuada, es realmente saber cómo ocurrieron las cosas. La mayor orfandad no está, por tanto, en la teoría, y ante la necesidad de resolver un caso vinculado a un accidente, sin duda el juez cambiaría con gusto tomos enteros de doctrina por tener una filmación del momento preciso en el que ocurrió el daño, algo con lo que rara vez se cuenta.

De hecho, gran parte de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil están marcados, antes que por especulaciones teóricas, por facilitar la prueba de lo ocurrido. Por ejemplo, si bien hay otros factores que explican el surgimiento de la responsabilidad objetiva, quizás el más importante se vincula a la reducción de los costos de prueba al no requerirse saber cómo ocurrieron las cosas, bastando probar quién causó el accidente para atribuirle responsabilidad.

En el sistema anglosajón, una de las instituciones que justamente se han perfilado para reducir los costos de probar, es el llamado *res ipsa loquitur* y que no es otra cosa que la creación de una ficción legal que permite «hablar a las cosas», casi como en el castillo de la Bella y la Bestia.

Por supuesto que el principio no permite que un sofá declare como testigo, pero sí permite deducir de los hechos y circunstancias ciertas presunciones que alivian los problemas de demostración de los hechos de manera significativa, a través de un simple mecanismo inteligente de inversión de la carga de la prueba. Ello permite superar los problemas de la prueba de la culpa sin apartarse, en estricto, del modelo de la culpa.

2. ¿QUÉ ES EL *RES IPSA LOQUITUR*?

La doctrina del *res ipsa loquitur* o «la cosa habla por sí misma» es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.

De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, sólo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente.

El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quien más información tiene tendría el incentivo para no producir ninguna prueba sobre lo ocurrido. Bajo tal situación, los costos de producir prueba aumentarían y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad.

Quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación del *res ipsa loquitur* es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón. Reseñar algunos de los casos más célebres de aplicación de la doctrina quizás sea la mejor manera de introducirnos a la misma.

Uno primero, bastante gráfico, es el caso *Ybarra vs. Spangard*.¹ Al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado. Fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación. Al despertar luego de la operación, el señor Ybarra sintió un intenso dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el señor Ybarra había sufrido una seria le-

1 25 Cal.2d 486, 154 P.2da 687, 162 A.L.R. 1258. Supreme Court of California, 1944.

sión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Al estilo más propio de «Fuente Ovejuna», ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó, dio ninguna explicación de qué había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todos ellos. La defensa de los demandados fue que el señor Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema, ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron, entonces, el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad «en masa». Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados, dado que, sin perjuicio de que no podía explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión sólo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos.²

La Corte se encontró con un dilema difícil de resolver. En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño. Pero, era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar.

La Corte declaró fundada la demanda. Consideró que era evidente que había existido negligencia a pesar de que no era posible especificar los hechos concretos en la que ésta habría consistido. Señaló, además, que la única forma de crear los incentivos para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacer a todos los demandados conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes.

El principio que comentamos fue propuesto por primera vez en el caso *Byrne vs. Boadle*.³ Se trata de un caso antiguo (1863) en el que el demandante fue herido por la caída de un barril de harina desde una ventana en un segundo piso. La Corte presumió que el simple hecho de que hubiera caído un barril en tales circunstancias, en sí mismo, demostraba que existía negligencia, a pesar de que no se supo cómo efectivamente ocurrieron los hechos. El lenguaje de la Corte fue bastante claro al enunciar su razonamiento:

2 El caso es muy similar a *Maki vs. Murria Hospital* (91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231) con la única diferencia que en este último caso el paciente despertó con lesiones derivadas de una caída de la camilla en la que estuvo recostado mientras estuvo anestesiado.

3 Se puede encontrar una reseña de este caso en http://www.indexuslist.de/keyword/Res_ipsa_loquitur.php (1 de abril de 2005).

Somos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante. [...] es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es la obligación de la persona que guarda barriles en un almacén de tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creo que en tal caso debería, fuera de toda duda, establecer *prima facie* evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos, me parece descabellado.⁴

Otro de los casos más citados es *Ristau vs. Frank Coe Company*.⁵ El empleado de una empresa la demandó por los daños personales ocasionados durante las actividades de carga del producto de la demandada en vagones. La rotura de un caballete le generó serias heridas al demandante. El demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur* sosteniendo que demostrada la rotura del caballete no podía sino presumirse que la misma se debía a negligencia de su propietario. Efectivamente, en el expediente no existía prueba que mostrara cómo habían ocurrido los hechos. La Corte acogió la posición del demandante.

En el caso inglés *Barkway vs. South Wales Transport Co. Ltd.*⁶ la Corte estableció con mucha claridad el sentido del principio:

La doctrina depende de la ausencia de explicación, y, en consecuencia, es un deber de los demandados, si es que desean protegerse, dar una explicación adecuada de la causa del accidente, sin embargo, si los hechos son suficientemente conocidos, la pregunta deja de ser una referida a si los hechos hablan por sí mismos, y la solución debe encontrarse en determinar cuándo, sobre la base de los hechos establecidos, debe o no inferirse negligencia.⁷

Así se diferencian los casos en los que se sabe qué pasó (en cuyo caso el juzgador debe analizar si la conducta demostrada era o no negligencia), de los casos en los que se sabe que hubo un daño, pero no se sabe a ciencia cierta cómo ocurrieron las cosas.

4 *Ibid*, loc cit. (traducción libre).

5 120 App.Div. 478, 104 N.Y.S. 1059. Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, 1907.

6 [1950] 1 All ER 392, HL.

7 *Ibid*, loc cit. (traducción libre).

En el mismo caso uno de los vocales deja claro que es discutible que se trate propiamente una doctrina, para ser más una simple aplicación del sentido común:

La máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común, y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del conocimiento del demandante, pero están o deberían estar en conocimiento del demandado.⁸

Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una «doctrina». Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como «si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable».

Esta idea fue repetida con singular claridad en el caso *Lloyde vs. West Midlands Gas Board*⁹. Así, luego de plantearse la duda sobre si el *res ipsa loquitur* podía ser descrito como una doctrina, la Corte dijo que era una:

[...] exótica, pero conveniente frase para describir lo que no es en esencia más que una aproximación del sentido común [...] sobre la atribución de los efectos de las pruebas en determinadas circunstancias.

[...]

Esto significa que el demandante establece *prima facie* negligencia cuando: (i) no le es posible probar de manera precisa cuál fue el acto u omisión relevante que determinó en la sucesión de eventos que condujo al accidente; pero (ii) sobre las pruebas, tal como se han determinado en tiempo relevante, es más probable que la efectiva causa del accidente fue algún acto u omisión del demandante o de alguien por el que el demandante es responsable, cuyo acto u omisión constituye una falla del demandado en tener el cuidado adecuado para la seguridad del demandante.¹⁰

Como bien se desprende del tratamiento dado por la jurisprudencia, antes de que un principio del sistema de responsabilidad civil, se trata de un principio operativo probatorio, destinado a reducir los costos de prueba en un caso en el que se identifican elementos que reducen sustancialmente el costo de un error que atribuya responsabilidad al que no la tiene. En otras palabras, bajo la aplicación del princi-

8 *Ibid*, loc cit. (traducción libre).

9 1 WLR 749, CA.

10 *Ibid*, loc cit. (traducción libre).

pio se asume que no hacer responsable al demandado tiene un riesgo o costo de error superior al que se enfrenta si se le hace responsable.

La doctrina del *res ipsa loquitur*, permite al juez inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas,¹¹ siempre que el demandante cumpla con probar la existencia de ciertos requisitos indispensables para la aplicación de dicha doctrina. Así, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan lo siguiente:

[...] La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al jurado inferir negligencia bajo ciertas circunstancias en la ausencia de una prueba directa.¹²

Asimismo, Kenneth S. Abraham señala lo siguiente:

Cuando se cumplen los requisitos del *res ipsa loquitur*, en la mayoría de las jurisdicciones el efecto es que se permite al jurado, pero no se le requiere, encontrar que el demandado fue negligente¹³

A través de la utilización del mencionado principio, se permite que los jueces infieran la existencia de negligencia por parte del demandado, sin pruebas directas de la existencia de la misma. De ello se desprende claramente que, una vez invocada la doctrina del *res ipsa loquitur*, y luego de que el demandante pruebe los requisitos para la aplicación de la misma, el Juez está en capacidad de declarar la negligencia del demandado y, por lo tanto, ordenar el pago de una indemnización por los daños producidos.

La aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur* permite que, aun sin pruebas directas de la negligencia del demandado, la demanda sea admitida, evitando que se genere el efecto *smoking out* («se hicieron humo»). Es decir, el demandado no se quedará de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra, mediante las cuales se pueda probar su negligencia, cargando sobre los hombros de la víctima el peso de una prueba imposible.

Al comprobarse los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina, el Juez estará en capacidad (tendrá la facultad) de presumir la negligencia del demandado. Siendo ello así, éste tratará de probar de la

11 La doctrina *res ipsa loquitur*, es aplicada cuando la víctima de un daño demuestra que la evidencia del accidente es inaccesible para él, o simplemente que no sabe ni tiene como saber cuáles fueron las causas del accidente.

12 ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. *Res ipsa loquitur and Medical Malpractice*. En <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html> (traducción libre).

13 ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Torts Law*. New York: The Foundation Press, Inc. Westbury, 1997, p. 91 (traducción libre).

mejor forma y mediante todos los medios que tenga a su alcance que su conducta no fue negligente.¹⁴

Sin embargo, como se puede apreciar, esta doctrina no sólo permite presumir la existencia de negligencia, sino, de cierta manera, incluso del nexo causal. Así, en el caso *Ybarra* antes citado, es claro que la Corte no se limitó a presumir que la negligencia existió, sino que la misma era imputable a los demandados y que fueron sus acciones las que causaron el daño. Ello es lógico, sobre todo si se tiene en cuenta que si justamente lo que no se puede identificar son los hechos que acreditan que hubo negligencia, tampoco se puede acreditar que el demandado causó el daño, pues sin conducta específica, es difícil determinar que la conducta causó el daño. En esta circunstancia basta que el daño se haya producido bajo la esfera de control del demandante, para que se presuma no sólo la negligencia, sino que ésta causó el daño.

Bajo las reglas comunes de la prueba, cuando no existen elementos de prueba suficientes para probar la negligencia del demandado, no es extraño que éste obtenga una sentencia favorable, alegando únicamente dicha inexistencia.¹⁵ La doctrina *res ipsa loquitur* revierte esta situación tal y como lo explica, Abraham cuando señala que bajo esta perspectiva, la doctrina del *res ipsa loquitur* cumple justamente la función de evitar este efecto de *smoking out* («se hicieron humo») de las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren. La doctrina crea una inferencia artificial de negligencia, a fin de crear en el demandado los incentivos para explicar qué es lo que realmente pasó.¹⁶

Sin embargo, aun cuando el demandante haya probado los requisitos para la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, el demandado siempre está en capacidad de probar, durante el proceso, que él no fue negligente; o en todo caso, intentar probar que no se han cumplido los requisitos necesarios para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur* e inferir su negligencia en base a la misma. Al respecto, el *Restatement (Second) of Torts* señala lo siguiente:

Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda de que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no

14 Es necesario precisar que uno de los requisitos necesarios para invocar la doctrina del *res ipsa loquitur*, es que el hecho productor del daño se haya producido dentro de la esfera de control del demandado. Siendo ello así, es el demandado quien tendrá mayor cantidad de elementos que lo ayuden a probar que no fue negligente, y que el accidente no se produjo por esta causa.

15 Sin este principio, no existen incentivos de ningún tipo para que el demandado señale qué es lo que sucedió realmente, lo que sucederá en la práctica es que el caso se declare infundado por falta de pruebas.

16 ABRAHAM, Kenneth S. *Op. cit.*, p. 94.

es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin un cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo.¹⁷

Es necesario precisar que la doctrina del *res ipsa loquitur* sólo debe ser aplicada cuando el hecho generador del daño no pudo haberse producido sin algún tipo de negligencia por parte del demandado. Así lo señala el Juez Gaynor en el caso *Ristau vs. Frank Coe Company*:

[...] Ésta se aplica sólo cuando el accidente aparentemente no podría haber ocurrido salvo a través de alguna negligencia del demandado.¹⁸

Así, como ya señalamos, la doctrina bajo comentario parece enmarcarse más que dentro del campo de los conceptos que los tratadistas de Derecho Civil suelen usar, dentro de los principios de carga de prueba. Sin embargo, su importancia es clave para permitir la operación del sistema de responsabilidad civil.

Sin duda, es importante entender los conceptos, pero quizás más importante es cómo organizar los hechos y los elementos de prueba para poder hacer operar el sistema. El *res ipsa loquitur* es una forma de poner en marcha y hacer efectivo el funcionamiento de la responsabilidad civil, más allá de consideraciones teóricas, y centrándose en la problemática de lo fáctico.

El problema es simple y asombra lo poco que se ha escrito en nuestro sistema para encontrarle solución. Es usual que quien causa un daño contractual o extracontractual, tiene normalmente bajo su control la conducta causante del daño. Así, controla la información y los recursos usados en dicha conducta. Si del acceso a dichos elementos se derivan efectos negativos (pago de una indemnización) no habrá incentivos para facilitar dicho acceso. El resultado es que los causantes serán hechos responsables en menos casos de los necesarios, llevando a que las externalidades producidas sean internalizadas en un número subóptimo de casos.

La forma de resolver ese problema es colocando los costos de la no prueba sobre los hombros de quien enfrenta menos costos para proveer la información necesaria. Sin embargo, hay que tener cuidado con las consecuencias que una aplicación irrestricta del principio, puede tener en el sistema de responsabilidad civil.

17 En: <http://www.wisbar.org/res/sup/2001/99-0821.htm>, *Restatement (Second) of Torts* §328D, cmt. o (1965) (traducción libre). Los *Restatement* son compilaciones de principios legales que supuestamente recogen los criterios de decisión usados por las Cortes al resolver casos. Son recompilados y estructurados por la American Bar Association.

18 *Ristau vs E. Frank Coe Company*, Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, 1907. (traducción libre).

Los accidentes o daños derivados del incumplimiento de una obligación pueden producirse no sólo como consecuencia de la actividad del causante, sino de la actividad de la víctima o del acreedor. Los atropellos de peatones ocurren no sólo porque los conductores manejan a exceso de velocidad, sino porque los peatones cruzan la calle de manera distraída. Pero, si los conductores son siempre hechos responsables sin importar la conducta de los peatones, y estos últimos son plenamente compensados por sus daños, entonces, habrá menos incentivos para que tomen precauciones. El resultado es que habrá más peatones distraídos y con ello más accidentes.

Esta idea de que las precauciones son recíprocas en la mayoría de casos explica por qué hay que ser muy cuidadosos con los sistemas de responsabilidad objetiva. Si el conductor es objetivamente responsable el peatón está literalmente «asegurado» contra accidentes a costa del conductor. Por tanto, se comportará de manera similar a como se comporta el asegurado en un contrato de seguros, tomando precauciones subóptimas. Así, el que tiene un seguro contra robos para su auto, tenderá a estacionarlo más frecuentemente en la calle, en lugar de hacerlo en una playa de estacionamiento, si es que todo robo le es cubierto por el seguro. O quien tiene un seguro de accidentes, tenderá a manejar peor si el seguro cubre todos los daños.¹⁹ Por ello, el sistema tiene que trasladarle responsabilidad (o costos) cuando no toma precauciones. Ello explica que se use sistemas de culpa²⁰ o que cuando se usen sistemas objetivos, el causante no sea responsable cuando la víctima es imprudente, como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 1972 del Código Civil que contempla la imprudencia de la víctima como una fractura causal.²¹

19 Esto es conocido en el lenguaje económico como «riesgo moral» o «azar moral», y no es otra cosa que la tendencia a desarrollar conductas que aumentan los daños que no voy a asumir. Ello explica por qué las pólizas de seguro nunca dan cobertura completa o perfecta contra siniestros, sino que dejan parte del riesgo en cabeza del asegurado, o que se establezcan premios y castigos en la prima del seguro en función de la siniestralidad para crear incentivos a tomar precauciones.

20 En el sistema de culpa, dado que los causantes (conductores) sólo pagan si tienen culpa, las víctimas (peatones) asumirán que el daño les puede ser ocasionado por un causante (conductor) sin culpa. En ese caso nadie les pagará los daños. La posibilidad de estar descubiertos llevará a los peatones a prevenir accidentes más por el temor que por las reglas de responsabilidad subjetiva no se pueda atribuir responsabilidad al causante (conductor). Con ello se crean incentivos adecuados para la toma de precauciones bilaterales, es decir, por las dos partes.

21 En ese caso el causante (conductor) será siempre responsable, salvo que la víctima (peatón) tenga culpa. En tal supuesto, la víctima (peatón) tomará precauciones, porque si no lo hace se liberará de responsabilidad al causante (conductor) a pesar de la existencia de responsabilidad objetiva. Dado que la víctima que actúa con culpa estará descubierta, se generan incentivos para que se den precauciones recíprocas.

Una aplicación irrestricta del *res ipsa loquitur* puede generar un problema análogo al de la responsabilidad objetiva. Si la prueba de la culpa se hace excesivamente fácil para la víctima y muy difícil para el causante, entonces las víctimas tenderán a sentirse aseguradas, y con ello tomarán menos precauciones, lo que aumentará el número de accidentes. Como decíamos, el *res ipsa loquitur* es la antesala a la responsabilidad objetiva y, por tanto, puede tener efectos similares.²²

Ello explica los requisitos que se exigen para que se aplique el principio, en particular, los límites que la doctrina le impone. Por ejemplo, el requisito de que la actividad esté bajo el control del demandado tiende a centrarse en casos de precauciones unilaterales, es decir, en casos en que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Por ejemplo, en *Ybarra* es claro que el paciente anestesiado no podía tomar precauciones para evitar el accidente justamente porque estaba dormido. Por ello, no hay que preocuparse en crear un incentivo perverso. Está claro que el paciente no podía hacer virtualmente nada para evitar que pasara lo que pasó, con lo que no hay problema de que se le «asegure» contra el daño. De manera similar, si me cae un barril de harina cuando camino por la calle, es poco lo que pude hacer para evitar ese accidente, mientras que quien administra el almacén, claramente puede controlar con su conducta que no ocurra ese tipo de daños.

Incluso en los casos en los que la actividad no está en total control del demandado, se exige que las hipótesis de culpa posible del demandante queden razonablemente descartadas, esto es, que las pruebas descarten que la propia víctima pudiera ser causante de sus propios daños. Esto será desarrollado con más detalle en la sección siguiente.

3. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL *RES IPSA LOQUITUR*

De lo dicho en el punto precedente, se desprende que la aplicación del mencionado principio implica señalar a determinado sujeto como negligente sin pruebas directas que corroboren la existencia de la misma. Dadas las severas consecuencias de la aplicación del principio, se han establecido una serie de limitantes y requisitos. Por ello, éste sólo deberá ser aplicado cuando el demandante pruebe ciertos elementos para la aplicación de la misma. Así:

Para que esta doctrina se aplique, es necesario que (1) el accidente sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negli-

22 Desarrollaremos este tema con mayor detalle más adelante, cuando analicemos el problema de las precauciones recíprocas y la función del *res ipsa loquitur* de reducir los costos de error.

gencia de alguien; (2) debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y (3) otras posibles causas han sido suficientemente eliminadas por la evidencia.²³

En la misma línea, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan con respecto a los requisitos lo siguiente:

Se permitirá al jurado inferir negligencia si el demandante puede establecer, por medio de conocimientos comunes u opiniones de expertos que: 1) sus daños ordinariamente no hubieran ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) sus daños fueron causados por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y 3) otras posibles causas hayan sido suficientemente eliminadas por la evidencia de manera que el jurado podría razonablemente concluir que la negligencia es, más probablemente que no, del demandado.²⁴

Si se presentan los tres elementos necesarios para configurar la doctrina del *res ipsa loquitur*, entonces, el juez podrá declarar la negligencia del demandado y, por lo tanto, estará en capacidad de sentenciar a favor del demandante. Pero ello no quiere decir que siempre que se prueben los requisitos, el Juez deberá declarar la negligencia del demandado. Así, en el caso *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*, el Juez señaló lo siguiente:

La regla del *res ipsa loquitur* no requiere necesariamente que el demandante gane el juicio; es meramente una regla que identifica elementos de prueba indiciaria que son suficientes para llevar el caso ante un jurado y permitir al jurado dar un veredicto a favor del demandante [...].²⁵

Para invocar la aplicación de la doctrina, el demandante deberá acreditar lo siguiente:

3.1. Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien

Ello significa que en base a las reglas de la experiencia y el sentido común o sobre la base de la opinión de expertos, se pueda llegar a la conclusión de que el accidente o evento no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien.

23 Rowe vs. Public Service Company of New Hampshire, 115 N.H. pp. 397-399 (1975) (traducción libre).

24 ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. En *Res ipsa loquitur and Medical Malpractice*, En: <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>. (traducción libre).

25 Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc., 127 N.H 397, 400 (1985) (traducción libre).

Por ejemplo, en el caso *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*,²⁶ la Corte denegó la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, ya que el demandante no pudo probar que el accidente sólo pudo haber sido causado por un acto negligente.

En el caso, el demandante solicitó que se le pagaran los daños causados en un accidente causado al usar las instalaciones de *ski* de la demandada. Al subir a una de las montañas usando un sistema de anda nivel, ocurrió un accidente en el que sufrió daños físicos.

Así, la Corte señaló:

[...] el mecanismo de anda nivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes de que puedan eliminar toda otra posible negligencia causante diferente a la del demandado-operador. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño defectuoso como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a eliminar la negligencia del diseñador o del fabricante del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga del demandante.²⁷

Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan, comentando el mencionado caso, señalan lo siguiente:

[...] La Corte encontró que el demandante introdujo apropiadamente testimonios de expertos para satisfacer el primer elemento del *res ipsa*. Sin embargo, concluyó que, en este caso, el testimonio de expertos no era suficiente para cumplir con la carga del demandante. En particular, a pesar de que el experto describió distintos actos negligentes que podrían haber causado el accidente, él también concedió que éste hubiera podido haber ocurrido «por alguna otra razón». Dado que «alguna otra razón» podrían incluir actos no negligentes, la Corte sostuvo que el demandante había fallado en su intento de demostrar que el accidente no hubiera podido ocurrir en la ausencia de negligencia.²⁸

De lo dicho en el presente punto se desprende que si el acto del cual se desprende el daño causado al demandante pudo haber sido causado sin que «alguien» haya sido negligente, entonces la doctrina del *res ipsa loquitur* no puede ser aplicada al caso. Así, en el caso *Southeastern Aviation, Inc. vs. Hurd*²⁹ se señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no es aplicable

26 *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*

27 *Ibid. loc cit.* (traducción libre).

28 ABRAMSON, Mark A y Kevin F. DUGAN. En *Res ipsa loquitur and Medical Malpractice*, En <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html> (traducción libre).

29 *Southeastern Aviation, Inc. vs. Hurd*, 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436, 446 (1962).

cuando el accidente pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas, inclusive si todas las personas que participaron del proceso hubieran sido diligentes.

Así, por ejemplo, si se produce un incendio durante una tormenta eléctrica, y no se puede descartar que un rayo hubiera podido originar el fuego, no es suficiente demostrar que el demandado estaba en control de la actividad dentro de la que surgió el incendio, pues no necesariamente su negligencia fue la causa.

3.2. Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada

Mediante este requisito se busca que el demandante descarte otras posibles formas de negligencia mediante las cuales el accidente pudo haberse producido, salvo evidentemente, la negligencia del demandado.

Por otro lado, también es importante precisar que, si de las evidencias presentadas, se desprende que existen las mismas posibilidades que el accidente se haya producido por la negligencia del demandado que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la doctrina del *res ipsa loquitur* no debe ser aplicada al caso. Por ejemplo, en el caso de *Borestein vs. Metropolitan Bottling Co.*,³⁰ la Corte señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no era aplicable por lo siguiente:

[...] si es igualmente probable que la negligencia de algún otro distinto al demandado, pero el demandante no necesita excluir a toda otra persona que podría posiblemente ser responsable cuando la negligencia del demandado aparece como la más probable explicación del accidente.³¹

¿Qué otras causas del accidente deben ser excluidas por el demandante para que sea de aplicación la doctrina del *res ipsa loquitur*?

El demandante no tiene que probar que todas «las posibles causas del accidente que se le ocurran» no han producido el accidente. Sólo debe probar que no han sido causa del accidente aquellos supuestos que produzcan una duda razonable, es decir, aquellos supuestos en los cuales la posibilidad de que el accidente sea causado por dicha causa sea probable y genere, como hemos mencionado, una duda razonable sobre qué fue la culpa del demandado la causa. Por ello, posibles causas muy alambicadas o complejas, derivadas de casualidades totalmente inesperadas, deben de ser descartadas.

30 Bornstein vs. Metropolitan Bottling Co., 26 N.J. 273 (1958).

31 *Ibid. loc cit.* (traducción libre).

3.3. El hecho debe estar en la esfera de control del demandado

Con respecto a este tercer requisito necesario para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur*, debemos señalar que el hecho que «el demandado tenga control exclusivo» implica que el control que ejerza sobre la situación sea tal, que las probabilidades de que el acto negligente³² haya sido causado por otras personas son remotas, razón por la cual está permitido inferir la negligencia del demandado.

Por ejemplo, en el caso *Hansen vs. James*,³³ el demandante sufrió un daño cuando hizo contacto con una línea de poder. El poste de soporte de la línea de poder fue golpeado por el carro del demandado. Éste argumentó que el instrumento que causó el accidente del demandante fue la línea de poder, no su carro. La Corte rechazó este argumento encontrando que el vehículo del demandante fue el instrumento que puso en movimiento la serie de eventos que dieron como resultado el incidente que provocó daños en el demandante. En este caso, la Corte señaló que el golpe dado por el vehículo del demandante al poste de soporte, creó la situación de peligro, y el mismo estaba en control exclusivo del instrumento que desencadenó el accidente.

Siendo ello así, el demandante deberá comprobar que, la causa³⁴ del accidente esté en la esfera de control del demandado, ya que, si ello es así, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona.

Si el control por parte del demandado no se comprueba, el demandante no se podrá beneficiar con la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*. Por ejemplo, en el caso *Colmenares vs. Sun Alliance Insurance Co.*,³⁵ el demandante sufrió un daño por el mal funcionamiento de una escalera mecánica ubicada en el inmueble del demandado. La Corte concluyó que la evidencia del mal funcionamiento de la escalera no era suficiente prueba de la negligencia del demandado. Ello, porque el control de la escalera no era exclusivo del demandado. Al respecto el Juez Torruella señaló literalmente lo siguiente:

[...] Desde mi punto de vista, el solo hecho de que el pasamanos se detuvo y la señora Colmenares se cayó, sin más evidencia sobre por qué o cómo el pasamanos se detuvo, no conduce en sí mismo a la inferencia de negligencia por la Autoridad de Puertos [...].

32 Es preciso recordar que a la hora de analizar este tercer elemento, ya se comprobó que el acto causante del daño no pudo haberse dado sin que alguien haya sido negligente.

33 *Hansen vs. James*, 847 S.W. 2d (Mo. App. 1993).

34 La causa del accidente puede ser una persona o un objeto, pero cualquiera que haya sido la causa debe estar dentro de la esfera de control del demandante.

35 *Colmenares Vivas vs. Sun Alliance Insurance Co.*, 807. F.2d 1102 (1 st. Cir. 1986).

El mal funcionamiento de una escalera presenta un argumento incluso más fuerte en contra de establecer una inferencia de negligencia sin la prueba adicional sobre si la causa del mal funcionamiento es el resultado de la negligencia del operador. [...].³⁶

En este caso, el Juez Torruela señala que no se han eliminado «otras» posibles causas del accidente que trajo como consecuencia el daño. Estas otras causas podrían deberse a que el instrumento que ha producido el daño no está bajo el control exclusivo del demandante, siendo ello así, no se puede inferir que el demandado haya sido negligente en aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*.

Richard Epstein, no está de acuerdo con el fallo de la Corte, señalando que el requisito de control exclusivo, para la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* sí se ha cumplido en este caso, señalando al respecto literalmente lo siguiente:

[...] La Corte de distrito encontró que no se había cumplido el requisito, a pesar de la estipulación de la parte «que la escalera en cuestión es de propiedad y se encuentra bajo el control de la Autoridad Portuaria de Puerto Rico». Coincidimos que la estipulación no es en sí misma suficiente para satisfacer lo requerido por el *res ipsa loquitur*. Ella no excluye la posibilidad de que alguien más tenga también control sobre la escalera; por el contrario, la estipulación decía que Westinghouse mantenía la escalera. Sostenemos, sin embargo, que la Autoridad Portuaria, efectivamente, tenía control exclusivo sobre la escalera porque la autoridad en control del área pública tiene un deber indelegable de mantener las instalaciones en condiciones seguras.³⁷

El profesor Epstein señala que si bien es cierto que otras personas estaban en contacto directo con el instrumento que causó el accidente, era el Aeropuerto de Puerto Rico el que en última instancia tenía el control de la misma. A su parecer, no es necesario que una sola persona esté involucrada en el hecho para decir que tiene el control exclusivo, basta —como hemos señalado líneas arriba—, que tenga el control en última instancia. Comentando la resolución de este caso, Epstein señala lo siguiente:

Pocas Cortes han requerido que el control sea literalmente «exclusivo» [...] El propósito del requerimiento es el de restringir la aplicación de la inferencia del *res ipsa loquitur* a casos en los que sólo existe un solo actor que maneja la instrumentalidad, «eliminando la posibilidad de que el accidente pueda haber sido causado por un tercero». No es, por tanto, necesario que

36 *Ibid. loc cit.* (traducción libre)

37 EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*. Nueva York: Aspen Low & Business, 2000, 7.^a Ed., p. 291 (traducción libre).

el demandado, y no un tercero, sea quien a fin de cuentas responsable por la instrumentalidad. En consecuencia, *res ipsa loquitur* se aplica incluso si el demandado es responsable con alguien más, o si el demandado es responsable por la instrumentalidad, incluso si es alguien más el que tiene el control físico sobre ella [...].³⁸

Si bien es cierto, éstos son los tres elementos que la doctrina y la jurisprudencia consideran necesarios para la aplicación del *res ipsa loquitur*, existen también otros requisitos mencionados de manera más aislada. Dichos requisitos son los que a continuación pasaremos a describir.

3.4. El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante

Sería ilógico que en base a indicios se señale que el demandado ha sido negligente, si el acto productor del daño ha sido realizado con contribución del demandante.

En realidad, éste es un requisito que se desprende de uno ya visto, referido a excluir causas derivadas de la propia negligencia del demandante. Así debe descartarse la existencia de negligencia de la propia víctima como causa del accidente.

Este requisito se verá satisfecho si de las pruebas actuadas resulta que las hipótesis que podrían comprometer al demandante han sido descartadas. Por ejemplo, si un perro se escapa y muerde a una persona, una hipótesis podría ser que la propia víctima abrió la puerta y dejó salir al animal. Pero, si se demuestra que la víctima no podía tener en su poder el candado de la puerta, entonces debería presumirse que si el perro se escapó, fue por negligencia del demandado propietario del perro.³⁹

3.5. Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto a la causa del accidente

Éste es un principio que se deriva justamente del control de la acti-

38 *Ibid*, loc. cit. (traducción libre).

39 Es interesante ver cómo principios con efectos similares al *res ipsa loquitur* inspiran algunas normas del ordenamiento peruano. Por ejemplo, está el artículo 1979, según el cual «El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero». Si bien la redacción refleja un principio de responsabilidad objetiva, la diferencia con el *res ipsa loquitur* aparece como una casi de redacción. La norma parte de la idea de que el propietario del animal o el que lo tiene bajo su cuidado (es decir, bajo su control) es responsable del daño que cause, salvo que se pruebe que el evento es atribuible a terceros (que debería obviamente incluir a la propia víctima).

vidad causante del daño, que suele dar mayor capacidad en contra con la información relevante. Así lo señaló la Corte en el caso *Christie vs. Ruffin*.⁴⁰

Es importante destacar las razones que hacen aparecer esta doctrina. Muchas veces, luego de un accidente, es virtualmente imposible determinar cuál fue la causa específica y, sobre todo, el estándar de conducta seguido por las partes. A ello se agrega que si una de las partes tiene el control de la actividad dentro de cuyo ámbito se causó el daño, entonces, surgen incentivos para que esa parte oculte o, en todo caso, contribuya poco en identificar los elementos que acrediten qué fue lo que ocasionó. Por otro lado, puede ser que la otra parte se encuentre muy limitada en poder generar pruebas por su falta de experiencia o contacto con la actividad desarrollada. En ese marco, esta doctrina busca hacer viable la actividad probatoria, colocando la carga de probar, en quien se encuentra en mejor aptitud, por la vía de hacerlo responsable ante ausencia de pruebas.

En realidad, esta doctrina no es otra cosa que el fundamento de la inversión de la carga de la prueba en un supuesto determinado en el que tal inversión resulta aconsejable para hacer viable la investigación de los hechos.

Como ya indicamos, el *res ipsa loquitur* obedece a los costos de prueba y a la existencia de asimetrías informativas para la producción de dicha prueba. Pero, a su vez, tiene que velar por evitar que en situaciones en que existen precauciones bilaterales, es decir, que la causa de un accidente puede obedecer a conductas no sólo del causante, sino de la víctima o incluso de terceros.

Así, por ejemplo, el requisito de control se orienta a identificar actividades en las que las precauciones son fundamentalmente unilaterales, es decir, a cargo del causante demandado. De esta manera, se reduce el riesgo de convertir al causante en un asegurador de riesgos atribuibles a la víctima o a terceros. A ello también contribuye el requisito de haber eliminado otras posibles causas para poder aplicar la doctrina.

Un campo especialmente fértil (y también especialmente controvertido) para la aplicación de la doctrina son los casos de responsabilidad médica. Como ocurrió en el caso *Ybarra*, es usual que el médico fuera el único que podía tomar precauciones porque tienen el control de la actividad, por ejemplo, al interior de la sala de operaciones. Pero, si se aceptara que todo daño derivado de una operación es imputable al médico, los costos de la medicina se incrementarían exponencialmente, porque el médico se convertiría en un asegurador de los pacientes. Por ello, deben

40 *Christie vs. Ruffin*, 824 S.W 2d 534, 536 (Mo. App. 1992).

descartarse otras causas tales como el riesgo propio de una operación, los actos de terceros o de la propia víctima que, por ejemplo, no cumple con las instrucciones dadas por el médico para el proceso post operatorio. Si otras posibles causas no son razonablemente descartadas, entonces el *res ipsa loquitur* no puede ser aplicado.

4. ¿SE PUEDE APLICAR EL *RES IPSA LOQUITUR* EN EL PERÚ?

¿Es de aplicación una doctrina como la del *res ipsa loquitur* al sistema legal peruano? Ello podría derivarse simplemente de ser una doctrina general, usada en el Derecho Comparado. Sin embargo, en adición a ello existen una serie de normas expresas que permiten su aplicación tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

El desarrollo del *res ipsa loquitur* se ha dado, principalmente, en el campo extracontractual. La explicación de ello es relativamente sencilla. Si bien su aplicación no es excluyente de ningún sistema legal, su mayor desarrollo se presenta en el sistema anglosajón, y se usa para generar una suerte de presunción de culpa en contra del causante. Pero, en el sistema anglosajón la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es básicamente objetiva, es decir, que no requiere la prueba de culpa, lo que marca una diferencia sustancial con el sistema peruano en el que esta responsabilidad es básicamente subjetiva. Basta la inejecución de la obligación para que exista responsabilidad sin evaluar necesariamente el nivel de diligencia del deudor. Por ello, en líneas generales, el *res ipsa loquitur* es innecesaria en la responsabilidad contractual en el sistema anglosajón. Así, no tiene sentido crear una presunción de culpa en un sistema que no utiliza la culpa. Sin embargo, en un sistema de responsabilidad contractual subjetiva como el peruano, su aplicación sí se torna en realmente útil.

Como veremos, ya existen otras instituciones legales que justamente contemplan la misma lógica. Por ello, en un caso de responsabilidad contractual, si al inejecutarse una obligación se causan daños, puede acudir al *res ipsa loquitur* para determinar la existencia o no de culpa.

De hecho, incluso algunos supuestos de responsabilidad contractual en el caso del sistema anglosajón permiten la aplicación del principio. Como ya dijimos, uno de los campos en los que este principio es invocado con mayor frecuencia es en el de la responsabilidad médica, como se pudo apreciar en el caso *Ybarra*, antes citado. En estos casos se asume que el médico está en control de la actividad. Si la situación conduce a concluir que el daño no pudo haberse producido sin culpa de alguien (por ejemplo, se dejó unas tijeras al interior del paciente luego de una operación) y se descartan las hipótesis de causas culpables distintas a la del médico, se aplicará el *res*

ipsa loquitur. Pero, nótese que la responsabilidad médica puede ser considerada como responsabilidad extracontractual.⁴¹

Como ya se dijo, la doctrina del *res ipsa loquitur* es un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la culpa y, de alguna manera, de algunos aspectos de la relación causal, en cuanto permite demostrar la existencia de responsabilidad sin identificar específicamente el hecho causante del accidente, siempre que se acredite que el accidente ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

Quizás la primera reacción que se tenga a la aplicación de esta doctrina en el sistema romano germánico y, en particular en el Perú, es que tratándose de una doctrina de origen anglosajón no puede ser utilizada, menos aún para generar una inversión de la carga de la prueba, pues se estaría por la vía de la integración del sistema afectando el derecho de defensa.

Tal aproximación carece por completo de fundamento. Nuestro ordenamiento legal contiene ya inversiones de la carga de la prueba, las que son mucho más gravosas para el causante que el propio *res ipsa loquitur*. En esa línea, el mencionado principio puede servir para hacer más razonable y sistemática la operación de la inversión de dicha carga, dándonos un conjunto de pasos y elementos que permiten un mejor análisis del problema. En ese sentido, el *res ipsa loquitur*, lejos de perjudicar al causante, lo favorece al hacer más predecible el análisis de cómo puede superar la carga de la prueba, carga que en nuestro Código, tal como veremos, puede ser agobiante, al menos si la comparamos con el sistema anglosajón.

Veremos también que incluso la doctrina nacional entiende que existen supuestos en los que debe entenderse, en base a los principios de

41 De hecho la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual no es tan clara en el sistema anglosajón. La responsabilidad médica es un caso de *torts*, término que comúnmente se identifica con la responsabilidad extracontractual y que podría ser traducido como «agravio» o «perjuicio». Si bien nosotros entendemos comúnmente que la responsabilidad contractual se produce cuando hay contrato y la extracontractual cuando no hay, tenemos iguales problemas para explicar por qué en un accidente de aviación o de transporte en ómnibus, o incluso de responsabilidad médica, solemos usar como base las normas de responsabilidad extracontractual. Incluso sentimos que esos casos se aproximan más a la lógica extracontractual por más que existe un contrato. Sin embargo, partiendo de la posición de Ronald Coase, es posible hacer una distinción más sutil. Lo relevante no es la existencia de un contrato, sino de costos de transacción significativos, principalmente, costos para acceder a información. Así, por ejemplo, un pasajero de un avión difícilmente contará con información adecuada para conocer los riesgos de que un avión tenga un accidente o es poco probable que el paciente que entra a la sala de operaciones conozca cómo deben ejecutarse las obligaciones del médico para que sea diligente. En ese caso, la lógica extracontractual parece más adecuada, incluso bajo la existencia de un contrato.

colaboración y solidaridad probatoria, en los que debe establecerse una carga dinámica de la prueba, dinamismo que justamente sirve de base al *res ipsa loquitur*.

Según las normas contenidas en el Código Procesal Civil, la carga de la prueba es de quien alega un hecho. Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil señala:

Artículo 196.- «Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar cómo ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquélla de las partes que está en control de la actividad causante del daño.

Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, éste debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil,⁴² 1329⁴³ y 1969⁴⁴ del mismo cuerpo legal. Veamos los alcances de estas normas por separado.

Según el artículo 1229, la prueba del pago (es decir, del cumplimiento de la obligación) incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Dicha prueba comprende acreditar, en base a los principios de integridad e identidad del pago, que no sólo se ejecutó la prestación, sino que dicha ejecución fue completa y realizada dentro de los términos que regulan la obligación, es decir, según lo pactado.

Si bien este principio es aplicable a todo tipo de obligaciones, su aplicación es especialmente relevante en las obligaciones contractuales. Así, el principio de que es el acreedor el que debe demostrar que cumplió su obligación, conduce a que dicho deudor debe producir la prueba de que cumplió su obligación en los términos pactados.

En este sentido, puede ser excesivo exigir al acreedor que presente

42 Artículo 1229.- «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

43 Artículo 1329.- «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

44 Artículo 1969.- «Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

prueba fehaciente de que el deudor no cumplió con su obligación, cuando la actividad objeto de la misma está por completo bajo el control del potencial obligado.

En ese sentido, si un abogado asume la defensa de una empresa en un caso, le corresponde demostrar que cumplió su obligación, demostrando no sólo que se encargó del patrocinio, sino que se ajustó a los términos pactados en el mismo.⁴⁵ Ello porque su cliente no está en capacidad de monitorear continuamente su conducta y, por tanto, tener las pruebas que acrediten que cumplió su obligación. Nótese que ésa es justo la razón de la existencia del *res ipsa loquitur*, que busca evitar colocar la carga de la prueba sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En segundo lugar debe considerarse el artículo 1329 del Código Civil, que —como vimos— establece una presunción relativa de culpa en beneficio del acreedor y, por tanto, en perjuicio del deudor de la obligación:

Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

Según esta norma, y como regla general, el deudor será responsable por los daños y perjuicios que resulten de la inejecución de una obligación o de su cumplimiento irregular. Si de las pruebas actuadas no se llegara a determinar qué causó la ejecución defectuosa, se presumirá que éste fue causado por culpa leve del deudor.

Ello no significa que el deudor tendrá que acreditar con exactitud el motivo que causó el incumplimiento. Sólo tendrá que acreditar que actuó diligentemente. Sin embargo, es evidente que se liberará de toda responsabilidad si demuestra que el motivo fue una causa que no le es imputable. Como señala Osterling, «en la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación».⁴⁶ Así, las consecuencias del principio de la ausencia de culpa determinan que bastará que demuestre que dicho incumplimiento o cumplimiento irregular no le era imputable para que se vea eximido de la responsabilidad, tal como establece el artículo 1314 del Código Civil.⁴⁷

45 Como se puede ver, esta presunción puede ser especialmente útil para la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios, aspectos en los que justamente la prueba del incumplimiento es bastante más difícil.

46 OSTERLING PARODI. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 201.

47 Artículo 1314.- «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

En palabras de Messineo, la causa no imputable debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo. De otro lado, el caso fortuito o fuerza mayor son hechos positivos que en determinadas circunstancias se exigen de manera más gravosa por la ley o por pacto para la exoneración.⁴⁸

El tercer supuesto, aplicando esta vez de manera específica la responsabilidad civil extracontractual, es el artículo 1969, según el cual:

Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

El supuesto no es muy distinto al caso de responsabilidad contractual. La norma asume que quien desarrolla la conducta que causa el daño está en mejor aptitud para producir prueba de cómo ocurrió éste. Así, quien deja caer de una ventana un barril de harina, está en mejor aptitud de demostrar que no tuvo culpa, que el peatón que recibió el barrilazo en la cabeza, y tiene que demostrar quién fue el culpable. Por ello, se coloca la carga de la prueba sobre los hombros del demandado.

Es importante notar un punto común entre las tres normas citadas: son bastante más exigentes con el potencial causante de lo que es el *res ipsa loquitur*, colocando la responsabilidad por culpa en una antesala mucho más próxima a la responsabilidad objetiva que la propia doctrina que estamos comentando. En el caso del *res ipsa loquitur*, ello sólo ocurre en acciones que no podrían haber ocurrido en ausencia de culpa y siempre que el agente tenga control de la actividad. Pero, el 1229 invierte la carga de la prueba del pago a todos los deudores sin excepción.⁴⁹

Por su parte, si se ineficacia una obligación y con ello se genera un daño, se va a presumir por el 1329, que el deudor tuvo culpa, incluso si se demostrara que se trata de un daño que podría haber ocurrido sin culpa de alguien o que no había un control absoluto sobre la actividad que ge-

48 MESSINEO, Francesco, citado por OSTERLING, *Op. cit.*, p. 201.

49 Esta afirmación hay que tomarla con cuidado. No tengo tan claro que la regla sea aplicable en el caso de obligaciones de no hacer. Es claro que en una obligación de hacer o de dar, que implican una actividad positiva, es más simple demostrar qué se hizo y cómo se hizo. Pero, en las obligaciones de no hacer la regla parece inadecuada. ¿Cómo hace el deudor de la obligación de no vender en determinado mercado un producto para demostrar que no lo vendió? Es una prueba diabólica. En tal supuesto, parece más lógico que la carga de la prueba recaiga en el acreedor que demostraría el incumplimiento de la obligación probando que se produjo una venta, es decir, un acto positivo.

neró el daño. Y, finalmente, según el artículo 1969, el causante de un daño fuera de la esfera de un contrato, será considerado culpable en todos los casos, salvo que supere la carga de probar que no tuvo culpa.

En cambio, de acuerdo a los requisitos reseñados para la aplicación del *res ipsa loquitur*, la presunción genera una carga de la prueba menos pesada. No sólo restringe el número de individuos sobre los que se invierte la carga de la prueba, pues sólo selecciona los casos en los que el daño no podría haber ocurrido sin la culpa de alguien y en los que el obligado tiene control de la actividad, sino que para liberarse, le basta al obligado demostrar que pudo haber participación de otra culpa, mientras que en el Código Civil peruano debe demostrar con certeza que sí fue diligente o que hubo otra causa. En uno basta una posibilidad para revertir la carga, en el otro se exige una certeza.

En otras palabras, mientras el *res ipsa loquitur* «hace hablar a las cosas» y les permite de una manera dinámica dar explicaciones y «decirnos» qué pudo haber pasado, el Código Civil peruano hace que el silencio de las cosas sea usado en contra del demandado.

Por eso es que el Código coloca la responsabilidad, con las inversiones de la carga de la prueba referidas, en el umbral más próximo imaginable a la responsabilidad objetiva. El *res ipsa loquitur* lo coloca en una sala algo más alejada.

Lo que hacen las normas señaladas, es colocar la carga de la prueba en quien esté en mejor aptitud de probar que cumplió su obligación o que, en todo caso, actuó diligentemente. Pero, lo hace de una manera tan drástica, que debemos de reconocer que la doctrina del *res ipsa loquitur* nos da un marco de análisis más adecuado, flexible y ajustado al tipo de problema que estamos analizando.

Esta idea de la razonabilidad del *res ipsa loquitur* se aprecia mejor al analizar los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas que estén en su poder o que deberían estarlo. Sobre el particular, Reynaldo Bustamante⁵⁰ señala:

[...] el principio de colaboración exige que las partes, los terceros legiti-

50 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El Derecho a Probar». Lima: Ara Editores, 2001, pp. 275-277.

mados e incluso los sujetos que puedan incorporar fuentes de prueba [...] cooperen en la actuación de los medios probatorios, sea para producir prueba o para conservarla. [...]. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, y en lo que respecta al principio de solidaridad, Morello⁵¹ señala:

[...] (la carga de la prueba debe tenerla) aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, y no necesariamente quien alegue el hecho que debe ser probado.

En este sentido, la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos, sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo. Tal como señala Reynaldo Bustamante:⁵²

[...] el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante [...]. Éste, para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso.

Siguiendo la misma línea, Jorge Mosset y Carlos Soto⁵³ señalan:

[...] se debe imponer la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla. (El subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, David Esborraz, Mónica Fresneda y Carlos Hernández,⁵⁴ advierten:

En esta línea evolutiva, sustentada en una visión solidarista del proceso, encontramos la teoría de las «cargas probatorias dinámicas» según la cual, independientemente de la posición que ocupen las partes litigantes, la dis-

51 MORELLO, Augusto. *La prueba, tendencias modernas*. Buenos Aires: Editora Platense-Abeledo-Perrot, 1991, pp. 58.

52 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*, pp. 279.

53 MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. *El contrato en una economía de mercado*. Lima: Editorial Normas Legales, 2004, pp. 219.

54 ESBORRAZ, David, Mónica SAIEG y Carlos HERNÁNDEZ. «El impacto de la Doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la Teoría General del Contrato». En *Procedimiento Probatorio*. Lima: Editorial Jurídica Panamericana. Santa Fe, 1998, pp. 97.

tribución de la carga probatoria recaerá en cabeza del actor o del demandando según fueren las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, todo lo cual da cuenta de un criterio elástico, no atado a preceptos.

Es importante destacar la íntima vinculación existente entre los principios procesales de colaboración y solidaridad de la prueba reseñados y las normas que colocan la carga de la prueba del pago y de la ausencia de culpa sobre el deudor (es decir, los artículos 1229, 1329 y 1969). Dicha vinculación llega a tal nivel que puede afirmarse que son consecuencia de la misma lógica, lógica que es justamente la que inspira una doctrina como la del *res ipsa loquitur*.

Es claro que en las obligaciones de hacer o de dar, que implican conductas positivas, quien desarrolla la conducta se encuentra en mejor posibilidad de acreditar que, efectivamente, la realizó y la forma cómo la realizó.

El ejemplo más claro es el pago de una cantidad de dinero. El deudor está en aptitud, al efectuar el pago, de exigir el recibo que le sirve para acreditar que, efectivamente, entregó el dinero adeudado y de conservarlo para demostrar que, efectivamente, cumplió su obligación. Pedirle al acreedor que acredite que nunca se le efectuó el pago implicaría una «prueba diabólica». Por ello, el deudor debe colaborar de manera solidaria (desde el punto de vista probatorio) para demostrar que, efectivamente, cumplió con su obligación. Como dijimos, ello comprende no sólo la realización del pago, sino su identidad e integridad, es decir, que pagó lo mismo y completo, lo que es especialmente relevante en las obligaciones de medios.

Por ejemplo, si la obligación era entregar dinamita, y durante la descarga de la mercadería ésta explota, no bastará probar que entregó el bien, sino que lo hizo siguiendo los estándares contractuales y legales que resulten aplicables. Si no lo hace, se presumirá que incumplió su obligación de ajustarse a tales estándares y, por tanto, será hecho responsable.

El principio recogido en la presunción de culpa leve del artículo 1329 también tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad probatoria antes anotados. Quien desarrolla una actividad y controla la misma está en mejor aptitud de demostrar cómo se llevó a cabo ésta y a qué estándares se ajustó. Por tanto, le es más fácil al deudor poder acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte.

Para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye responsabilidad si es que se queda inactivo y no

produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la Ley impone a quien inejecuta una obligación la carga de demostrar que no tuvo culpa. Si el señor Ybarra sale de la sala de operaciones con una lesión (lo que es en principio una inejecución de la obligación de cuidarlo mientras estaba inconsciente) en el Perú se presumirá que la inejecución obedece a culpa leve del médico.

La situación del artículo 1969 no es muy distinta. En la responsabilidad extracontractual se asume que corresponde a la parte que desarrolla una conducta acreditar, a menor costo, que no fue culpable. Dentro de esa lógica, es el que debe cargar con la demostración de lo ocurrido.

Quizás podemos concluir en este extremo que nuestro Código, de manera análoga al *res ipsa loquitur* busca al *cheapest information supplier*, es decir, al más barato suministrador de información sobre cómo ocurrieron los hechos. En otras palabras, ambos esquemas tratan de resolver el problema de asimetría informativa (y probatoria) sobre la conducta causante del daño. La diferencia está en que mientras nuestro Código asume que cualquier nivel de asimetría entre causante y dañado justifica la inversión de la carga, el *res ipsa loquitur* parece exigir un nivel de asimetría más severa. Efectivamente, al pedir que el causante esté en control de la actividad y no sólo que la haya desarrollado, el principio le da al causante más posibilidades de escabullirse a la responsabilidad. Ello, porque permite, a través de la exigencia de los requisitos anotados anteriormente, que la carga no sea excesivamente pesada sobre el deudor, pues nos arroja una metodología dirigida justamente a determinar si superó o no la carga, tal como veremos a continuación.

Ello no impide el uso del principio del *res ipsa loquitur* en el Perú. Por el contrario, sirve para entender y aplicar conceptos de carga dinámica de la prueba. Y es muy útil en un país en el que por la pobreza de recursos, probar es caro. El principio nos permite tener criterios de decisión útiles a costos razonables.

El *res ipsa loquitur* ha sido ya aplicado en el Perú, aunque sin usar ese nombre. Así, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI, en temas de protección al consumidor, lo ha hecho justamente al definir los criterios a seguir para determinar cuándo el proveedor de un bien o servicios cumplió con su obligación de idoneidad (es decir, de pago íntegro e idéntico de su obligación).

En este sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI aplicó, de forma restringida, los criterios el *res ipsa loquitur* en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kourus E.I.R.L.⁵⁵ Así,

55 Resolución n.º 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.

su razonamiento fue, en concordancia con el marco legal peruano, muy exigente con el proveedor. En el mencionado caso, el señor Fernández denunció a Kourus E.I.R.L. —en adelante Kouros— toda vez que uno de los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa, se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló como uno de los puntos de análisis necesarios para resolver el caso, el de determinar la carga de la prueba del origen del defecto y la responsabilidad por el deterioro del zapato.

Es interesante anotar que el Tribunal ni siquiera pudo ver el zapato porque el mismo se perdió en la discusión previa al inicio del procedimiento administrativo, cuando estaba en poder del proveedor que intentó repararlo. Por tanto, no había pruebas sobre qué había producido la rotura del zapato. Sólo se sabía que había estado roto porque ambas partes lo reconocieron como un hecho cierto. El Tribunal se encontraba, por tanto, ante una absoluta orfandad de pruebas sobre qué había ocurrido.

Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló literalmente lo siguiente:

[...] De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello, porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.

Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.

Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.

[...]

De las expresiones vertidas por las partes durante el procedimiento, queda claro que son hechos aceptados por ambas que uno de los zapatos se rompió luego de dos meses de uso. La discrepancia no está en el hecho, sino en la causa del mismo. Dado que según lo establecido anteriormente, la

carga de la prueba de la idoneidad corresponde al proveedor, no habiendo probado éste que el zapato era idóneo según lo expresado anteriormente, entonces, debe concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo.

Es claro que, a efectos de invertir la carga de la prueba en el presente caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, utilizó de forma restringida la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que la empresa Kouros debía probar que el zapato era idóneo según lo expresado ya que, de lo contrario, debería concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo. En otras palabras, ante la falta de pruebas de quién era responsable, hizo responsable al que tenía menores costos para probar.⁵⁶

Así, el caso analizó la existencia de control sobre el proceso productivo del zapato, lo que justifica depositar sobre el deudor la carga de probar qué fue lo que ocurrió y si efectivamente cumplió su obligación. Sin embargo, la carga de la prueba es más fuerte que la impuesta por el *res ipsa loquitur*, pues exige que el proveedor demuestre que fue diligente y por tanto el defecto del zapato no le es imputable. Bajo el *res ipsa loquitur* bastaría simplemente demostrar que pudo existir otra causa, sin llegar a demostrar que ésa fue la verdadera causa.

En conclusión el principio no sólo es aplicable dentro del marco legal peruano, tomando en cuenta las particularidades que impone el alto nivel de exigencia de la carga de la prueba en el Código Civil peruano para los casos de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, sino que ha sido en los hechos aplicado. En ese sentido, la jurisprudencia de INDECOPI citada refleja la tendencia que se ha venido usando en una serie de casos hasta la actualidad para resolver ese tipo de casos.

5. EL *RES IPSA LOQUITUR* Y LA REDUCCIÓN DEL MARGEN DE ERROR EN LA PRUEBA

Para aplicar el *res ipsa loquitur*, debemos encontrarnos en la imposibilidad o frente a una dificultad extrema de determinar cuál fue el hecho generador del daño y cómo se desarrolló la conducta del individuo al que pretendemos imputar responsabilidad.

⁵⁶ Podemos entrar al interesante debate si la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva o subjetiva. Pero para efectos prácticos el tema no es realmente relevante. Finalmente, el factor de atribución «defecto» implica, como en el caso de la culpa, la demostración de que los hechos se ajustaron a un estándar (el de un producto razonablemente idóneo, en comparación con una conducta razonablemente adecuada como en la culpa). En ese extremo el tipo de razonamiento es el mismo.

Ello explica por qué usualmente, el *res ipsa loquitur* se aplica en aquellos casos en los cuales la evidencia desaparece con el evento o accidente mismo, es decir, la evidencia se destruye en el momento en el cual se produce el daño, razón por la cual no es posible probar cómo se causó el daño o, sin destruirse, no es posible determinar qué pasó sin la colaboración del demandado.

Existen muchos supuestos en los cuales la evidencia se destruye, y es primordialmente en estos casos en los que el *res ipsa loquitur* se utiliza dándole a la víctima una oportunidad de ver resarcido de alguna manera el daño que ha sufrido. Un caso en el que es típica la aplicación de *res ipsa loquitur* es el de las explosiones o los incendios. Producida una explosión o un incendio, lo usual es que el material probatorio desaparezca. En esos casos probar la causa y, más aún, la culpa se vuelve algo realmente difícil. Ante esa circunstancia, no hacer responsable a quien con su culpa causó el daño, porque no se llega a determinar quién fue, constituye un error del sistema. Pero, hacer responsable a quien no lo causó por ser muy ligeros con la evaluación de las pruebas, es también un error. Como veremos el *res ipsa loquitur* persigue reducir los riesgos de error.

Como lo señala claramente Kenneth Abraham:

[...] Las cortes en algunas ocasiones encuentran que el transporte de material altamente inflamable que tienen la probabilidad de destruir la evidencia cuando explota cae en esta categoría. Esto se asemeja mucho al tipo de análisis que nos conduce al *res ipsa loquitur*, que es por supuesto una doctrina de negligencia. Recordemos, sin embargo, que una de las funciones de la doctrina es reducir el rango de error, y que algunos casos de *res ipsa loquitur* se asemejan a casos de responsabilidad objetiva. No sería por tanto sorpresa, en consecuencia, que *res ipsa* y la responsabilidad objetiva tengan en común su capacidad potencial de reducir el rango de error del sistema de negligencia convencional. [...].⁵⁷

La explicación de Abraham es bastante gráfica y pone el problema en su contexto y al *res ipsa loquitur* en su función.

Los abogados solemos olvidar que la aplicación de reglas cuesta y la aplicación de unas reglas cuesta más que la aplicación de otras. Ello explica por qué las normas de carga de la prueba son relativamente escasas, mientras los abogados hacen grandes esfuerzos por tratar extensamente el contenido sustantivo-conceptual de las reglas.

Así, existe un debate mucho más intenso (legal y doctrinariamente) en torno a si tenemos responsabilidad objetiva o subjetiva, haciendo girar

57 ABRAHAM, Kenneth S. *The Form and Functions of Tort Law*. New York: The Foundation Pres, Inc. Westbury, 1997, pp. 162-163. (traducción libre)

la discusión en torno a principios más abstractos y conceptuales, que el debate que gira en torno a cómo deberían ser las cargas de la prueba y cómo deben analizarse los casos a la luz de dichas cargas. El *res ipsa loquitur* es un buen ejemplo de una excepción a esa tendencia, y ello quizás se deba a su origen judicial, en el que los jueces antes que enfrentar teorías, enfrentan hechos.

La relación que hace Abraham entre el *res ipsa loquitur* y la regla de responsabilidad objetiva justamente tiene que ver con ese problema. Bajo la regla del *res ipsa loquitur* se busca reducir el riesgo de error en el juicio, pues al colocar la carga de la prueba sobre el que mejor puede probar, se hace más probable que la verdad surja en el procedimiento. En esa línea no es extraño colocar la responsabilidad objetiva en los casos en que una de las partes está en mejor posibilidad de tomar precauciones para evitar un accidente⁵⁸. Al hacerlo se reduce el costo de error porque lo más probable, al hacerlo responsable, es que esté resolviendo lo correcto.

Pero ahí no se agota el problema. Como ya vimos, si establezco una responsabilidad objetiva y estoy ante una situación donde ambas partes pueden tomar precauciones, entonces una de ellas (la que no es objetivamente responsable) dejará de tomar precauciones porque está literalmente «asegurada» por la otra que cubrirá todos sus daños. Como explicaremos ahora, el *res ipsa loquitur* es un principio que trata de conciliar el riesgo de error con la creación de incentivos adecuados para la toma de precauciones por ambas partes. Tratemos de explicarlo con más detalle.

5.1. El problema de las precauciones recíprocas

Cuando uno caracteriza un accidente de tránsito puede usar dos formas para describirlo, ambas ciertas, aunque suenen diferentes. Uno puede decir «El automóvil le rompió la pierna al peatón». Pero también puede decir «El peatón le rompió el faro al carro». Ambas descripciones son estrictamente ciertas y describen el mismo accidente, pero partiendo de perspectivas distintas. Lo que muestra el ejemplo es que ambos causan mutuamente la externalidad, es decir, que el daño es causado por las dos partes en su actuación simultánea. Si el automóvil no hubiera estado circulando por la calle específica donde ocurrió el accidente, éste no hubiera sucedido. Pero si el peatón no hubiera cruzado la vía en ese momento, tampoco tendríamos un accidente. Ambas conductas deben sumarse para que el accidente ocurra.

Veamos lo que nos dice el Premio Nóbel de Economía, Ronald Coase:

58 El célebre *cheapest cost avoider* o más barato evitador del daño de Guido Calabresi.

La naturaleza recíproca del problema.

La aproximación tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que tienen que hacerse. La pregunta se plantea comúnmente como una en donde A causa un daño a B y lo que tenemos que decidir es: ¿Cómo deberíamos controlar a A? Pero ello es equivocado. Estamos lidiando con un problema de naturaleza recíproca. El evitar el daño a B le causaría un daño a A. La pregunta real a ser respondida es: ¿Debería permitirse a A dañar a B o debería permitirse a B dañar a A? El problema es evitar el daño más serio.⁵⁹

Lo que Coase nos dice es justamente que el concepto de causante y víctima es relativo, y en realidad no existe hasta que la Ley toma partido. En otras palabras, uno no es víctima hasta que la Ley lo define como destinatario de una indemnización. O, dicho en otros términos, en un caso de responsabilidad, ambos son causantes y ambos son víctimas, pero, es la Ley la que finalmente define quién le paga a quién. Y la Ley debe, al escoger quién paga, buscar que se minimice la pérdida social.

Pero como ya vimos, en esa línea de razonamiento, si en un accidente de tránsito establecemos un sistema de responsabilidad objetiva del conductor del auto, y las indemnizaciones compensan plenamente, los peatones perderán incentivos para tomar precauciones.⁶⁰

Ello explica por qué, en general, los sistemas de responsabilidad suelen ser subjetivos (al menos en el campo extracontractual). Bajo la regla de la culpa, el peatón corre el riesgo de ser atropellado por un chofer que no tuvo culpa. Si eso le ocurre tendrá que soportar los daños sin poderlos trasladar a otro. Ello generará los incentivos en el peatón para tomar precauciones. Por otro lado, si el conductor no toma precauciones adecuadas será culpable y pagará los daños. En consecuencia, tomará las precauciones. Como vemos, el resultado de una regla como la de la culpa es que ambas partes de la relación tomarán precauciones adecuadas.

Pero no es la única solución. Podría tenerse una regla objetiva del lado del conductor, de manera que éste siempre pague. Pero para corregir el incentivo del peatón de no tomar precauciones, se debe usar un sistema de concurrencia de culpa de la víctima. En ese sistema, el conductor paga siempre, salvo que el juez encuentre que el peatón fue culpable. En ese caso, el conductor tomará precauciones porque asumirá que puede atropellar a un peatón diligente. Y el peatón tomará precauciones porque

59 COASE, Ronald H. *The problem of the Social Cost*. Citado en LEVMORE, *Foundations of Torts Law*. Foundation Press, 1994, p. 2 (traducción libre).

60 Ello explica por qué en países que conceden indemnizaciones altas no sea extraño que las víctimas se «autocausan» los daños. Así, saltan sobre un vehículo o fingen resbalar-se en el piso encerado de una tienda y luego demandan por los daños sufridos.

sino no le pagarán sus daños. El resultado será que ambos tomarán precauciones.⁶¹

El lector suspicaz se habrá dado cuenta que en realidad toda la explicación anterior es un mero juego de palabras. Bajo la idea de la responsabilidad objetiva y subjetiva he reseñado en realidad un solo sistema. Ello es consistente con la posición cousiana sobre la naturaleza recíproca del problema, es decir, sobre la idea que ambos son causantes y ambos son, simultáneamente, víctimas. Lo que llamamos responsabilidad objetiva es objetiva del lado del causante pero subjetiva del lado de la víctima, porque si la víctima tuvo culpa el causante no paga. Y lo que llamamos responsabilidad subjetiva, es subjetiva del lado del causante y objetiva del lado de la víctima, pues si el causante es diligente, la víctima carga objetivamente con sus propios daños.

Pero si, como vimos, los conceptos de víctima y de causante son relativos (porque los dos son causantes y los dos son víctimas) entonces estamos frente al mismo sistema pero visto al revés.⁶² Y ello se explica porque la culpa es necesaria en algunos de los dos extremos de la relación, justamente para evitar que una de las partes se sienta asegurada por la otra y deje de tomar precauciones.⁶³

Así, en conclusión, usualmente es necesario recurrir a la culpa de

61 Ése es el sistema del Código Civil peruano en que la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970 permite al causante liberarse según el 1972, entre otros supuestos, si existe imprudencia de la víctima. Para un análisis más detallado del problema de las precauciones recíprocas en los casos de responsabilidad revisar POLINSKY, A. Mitchell. «An Introduction to Law and Economics». Aspen Law & Business, 1989, 2.^a Ed., pp. 39 y ss.

62 El concepto es tan relativo que a veces lo resolvemos intuitivamente de una manera bastante poco sistemática. Si una bicicleta atropella a un peatón, el peatón es la víctima y la bicicleta el causante. Si un auto atropella un ciclista definimos al auto como causante y al ciclista como víctima. Y si un camión impacta a un auto, el auto es la víctima y el camión el causante. Lo definimos por tamaño, pero en realidad el tamaño es irrelevante para determinar quién causó el daño. Finalmente, estamos buscando un culpable, y ese culpable es normalmente hecho responsable. Por eso, la distinción entre culpa y causa adecuada puede volverse realmente sutil, hasta poderse llegar a pensar que son virtualmente lo mismo. Son finalmente dos formas que se usan simultánea e integradamente para encontrar, en términos de Coase, si hacer pagar a «A» minimiza la pérdida social más que si se hace pagar a «B».

63 Ello explica por qué la responsabilidad objetiva suele usarse en supuestos en los que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Un buen ejemplo es el de los accidentes de aviación, que si bien es calificado usualmente por la Ley como un caso de responsabilidad subjetiva, en la práctica opera como un sistema de responsabilidad objetiva. En esos casos sólo la aerolínea puede tomar precauciones porque un pasajero virtualmente no puede hacer nada para evitar un accidente. También explica por qué virtualmente ningún sistema del mundo ha podido eliminar la culpa, pues siempre habrán casos de precauciones recíprocas.

alguien precisamente para crear incentivos de conducta adecuados para ambas partes.

5.2. El riesgo de error

Pero una vez definido por qué necesitamos de la culpa, necesitamos probar que existió (o que no). Si consideramos que hay culpa cuando no la hay, entonces tenemos un error de tipo 1, en el que quien paga no debería pagar. Pero si consideramos que hay culpa cuando no la hay, cometemos un error de tipo 2, en el que paga quien no debería pagar.⁶⁴

Los errores del juzgador pueden depender de una serie de problemas, pero para nuestros fines la razón principal del error es el costo de probar quién tuvo la culpa. Y la culpa no es necesariamente fácil de probar porque implica retroceder en el tiempo para ver cómo ocurrieron hechos que se encuentran en el pasado.

Hay veces que la culpa es más fácil de probar que en otros. Si tenemos una filmación de una acción que causó un daño, es fácil concluir quién tuvo la culpa. Pero si se produce una explosión, un incendio, un derrumbe u otras circunstancias especialmente destructivas de evidencia, entonces la prueba de la culpa (y de la causa) será difícil.

Una segunda constatación es que los costos de la prueba no son necesariamente simétricos entre las partes. Una parte puede estar en mejor posibilidad de producir prueba que otra. Si yo controlo una actividad que se realiza a dos pisos de altura (como por ejemplo almacenar harina) y otra persona se encuentra a nivel de piso (como un peatón distraído) entonces es probable que si cae un cuerpo del segundo piso el que está arriba tiene más posibilidades de saber lo que pasó en relación al que está abajo. En el caso del barril de harina es evidente que el almacenero está en mejor posibilidad de saber qué hacer y qué pasó.

Otro ejemplo que demuestra lo mismo es el caso *Ybarra*. Es evidente que los médicos y auxiliares del hospital enfrentan menos costos de probar que los pacientes anestesiados.

En casos como los descritos, la Ley puede crear incentivos para reducir los costos de probar de una manera muy fácil, creando incentivos para que sea el que está en mejor posibilidad de probar quien «pague los platos rotos» si es que no prueba qué es lo que pasó. Con ello se reduce la posibilidad de error porque se hace más barato el camino a la verdad.

En cambio, si la Ley coloca la carga de la prueba en quien enfrenta

⁶⁴ En realidad, los errores de tipo 1 y de tipo 2 son lo mismo. Dada la naturaleza recíproca del problema es simplemente no encontrar a quién le corresponde pagar.

mayores costos para probar, será más largo y difícil el camino a la verdad y por tanto la posibilidad de error se incrementa.

Una forma de reducir los costos de probar, y con ello reducir la posibilidad de error, es justamente la responsabilidad objetiva. Si el legislador hace objetivamente responsable a quien tiene menores costos de probar, le creará incentivos para demostrar cómo ocurrieron los hechos y así buscar la culpa en la otra parte que lo liberaría. Así, si el propietario del almacén del que cayó la harina es hecho objetivamente responsable por la caída de objetos de los segundos pisos, tratará de demostrar qué es lo que ocurrió para evitar ser responsable si la causa le es ajena.

Nótese que usualmente los casos en que evitar un accidente depende de precauciones unilaterales (es decir, a cargo de una sola de las partes) coinciden con los casos en que una de las partes puede probar mejor que la otra. La razón es obvia. Si el médico de Ybarra es el único que puede tomar precauciones es porque maneja la actividad que puede causar el daño. Y si maneja la actividad plenamente quiere decir que tiene más información de lo que pasó. Ello explica, como veremos, porque Abraham nos sugería que la responsabilidad objetiva y el *res ipsa loquitur* son hermanos cercanos. Ambos tratan de reducir el costo del error. El segundo es la antesala del primero.

El problema es más serio en los casos en los que las pruebas desaparecen por completo. Si durante la entrega de dinamita en una mina el camión que la llevaba explota, es posible que nunca sepamos qué es lo que ocurrió. Si ello es así, entonces sólo tenemos dos posibilidades: hacer responsable al que entregaba dinamita o hacer responsable al dueño de la mina que sufrió los daños (o dejar simplemente que soporte los daños, lo que es lo mismo). Pero si se determina que las precauciones eran principalmente unilaterales (lo que parece recaer en la persona del transportista porque controla la descarga) se reduce el riesgo de error si uno hace responsable a quien habría podido tomar esas precauciones. Si bien el riesgo de error no se reduce a 0, es mucho más probable que nos estemos equivocando si dejamos la responsabilidad sobre los hombros de la mina. Así, un sistema de culpa en estos casos, equivale a responsabilidad objetiva de la víctima. Y si la víctima no puede tomar muchas precauciones, tendremos más accidentes.

El problema que surge es obvio. Si hacemos responsable al dueño del camión bajo un principio de responsabilidad objetiva, la mina se sentirá aliviada de responsabilidad y no tomará precauciones (por ejemplo, no hacer un fuego cerca al lugar de descarga). Si bien las precauciones son principalmente unilaterales, siempre hay algún nivel de precaución que la otra parte puede tomar. En esos casos, una solución es usar la negligencia contributiva, como ya señalamos.

Una regla menos rígida y más dinámica que la responsabilidad objetiva, es justamente el *res ipsa loquitur*. Tal regla nuevamente busca a quien tiene más información y, justamente, puede también tomar más precauciones. El requisito de que la actividad esté bajo el control de alguna de las partes, apunta justo a identificar situaciones en que las precauciones son unilaterales y la información está en cabeza justamente de quien puede adoptar tales precauciones.

Lo mismo sucede con la exigencia de descartar que otros hayan podido tener culpa en la esfera de los eventos dentro de los que ocurrió el accidente. Por ejemplo, las precauciones pueden aparecer como bilaterales hasta que se descarta por completo que la mina ha prendido un fuego en las inmediaciones. Con ello, bajo el *res ipsa loquitur*, el propietario del camión es responsable así no se llegue a acreditar qué es lo que realmente ocurrió si es que demuestra qué pudo haber razonablemente ocurrido.

La regla atempera el efecto que tendría la responsabilidad objetiva porque sujeta a la otra parte a la eventual prueba de que no fue la culpa del causante la que ocasionó el accidente. Ese riesgo motiva a la potencial víctima a tomar precauciones. Pero, también incentiva a quien puede tomar precauciones a tratar siempre de evitar el accidente porque sino será responsable de sus consecuencias.

En esa línea el *res ipsa loquitur* es una forma ingeniosa de lidiar con situaciones en las que pueden existir precauciones bilaterales, es decir, a cargo de ambas partes (como lo hace todo sistema de culpa del que el *res ipsa loquitur* es una expresión) pero en la que existe costos asimétricos de probar los daños que exigen un mecanismo que reduzca el costo de error que se deriva de la prueba de la culpa.

Esta idea se encuentra también, aunque de manera menos sofisticada, detrás de los artículos 1229, 1339 y 1969, que al invertir la carga de la prueba tratan también de enfrentar el problema de la asimetría de costos de prueba.

Decimos menos sofisticada porque, a diferencia de los requisitos de aplicación del *res ipsa loquitur*, que tratan de separar, como con un bisturí, los casos en que una parte tiene control de los que no los tiene realmente, nuestro Código lo hace de una manera más burda, como usando un hacha, con el riesgo consiguiente de arrastrar hueso con la carne al hacer el corte.

En todo caso, lo que resulta de este análisis es que no hay incompatibilidad entre la doctrina del *res ipsa loquitur* y las reglas aplicables en el Perú. Por el contrario, esta doctrina puede contribuir a perfilar análisis más precisos y adecuados de la carga de la prueba en la responsabilidad civil.

6. CONCLUSIÓN

Como en la historia de la Bella y la Bestia, el Derecho puede tener la magia para hacer hablar a las cosas, o lo que es más importante, a las circunstancias. Multiplicar a los testigos de un accidente o de un acto de incumplimiento contractual para que los bienes inanimados nos digan qué es lo que pasó, permitiría menos impunidad en el pago de los daños que se causan y contribuiría a la internalización de las externalidades, lo que a su vez incrementa el bienestar social.

El Derecho es, ante todo, un sistema de solución de problemas prácticos. Por eso quedarnos en el análisis meramente teórico y conceptual, sin analizar los efectos operativos de las cargas de la prueba, es alejarnos de la solución real de los problemas.

El *res ipsa loquitur* es una herramienta realmente útil para resolver problemas reales. Ordena nuestro razonamiento y permite entender mejor el alcance de nuestras normas. Siempre se alzarán voces que pedirán que las doctrinas extranjeras se dejen de lado, sobre todo si son anglosajonas. Pero, los abogados debemos aprender que lo útil lo es porque sirve, no por de dónde viene.

¿Se puede inscribir la resolución de contrato por la sola declaración del acreedor?*

Y, además, una radical crítica a un sector doctrinal que sigue anclado en ideas comunes

*Günther Gonzales Barrón***

*Óscar Escate Cabrel****

TEMA RELEVANTE

Para el autor el Registro no puede inscribir actos o negocios dudosos o claudicantes, pues ello sería contrario al fin de seguridad jurídica que pretende, por lo que

* Las opiniones teóricas, sin mencionar casos concretos, corresponden a Günther Gonzales Barrón y Óscar Escate Cabrel. Por su parte, las opiniones sobre casos concretos corresponden exclusivamente, y bajo su propia responsabilidad, a Óscar Escate Cabrel.

** Doctor en Derecho por la PUCP. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la PUCP y la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor de Derecho Civil y Registral en las secciones de pregrado y posgrado de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Juez Superior Titular de Lima. Ha sido vocal de los Tribunales Administrativos de Cofopri y Sunarp, así como notario de Lima.

*** Abogado de la UNMSM con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial. Profesor de Derecho Registral de las secciones de pregrado y posgrado de la UIGV y UTP. Ha sido vocal del Tribunal Registral de la SUNARP.

considera que los artículos 68 y 69 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios contravienen de modo flagrante los principios registrales de título fehaciente y legitimación.

SUMARIO: 1. *La lesión o infracción del derecho de crédito.* — 2. *Remedios frente a la infracción o lesión del crédito.* — 2.1. *Remedios de cumplimiento.* — 2.2. *Remedios extintivos por falta de equilibrio.* — 2.3. *Remedios que reparan la falta de equilibrio.* — 2.4. *Remedios de equidad.* — 2.5. *Remedios de conservación.* — 2.5. *Remedios de resarcimiento.* — 3. *Cláusula resolutoria y resolución del contrato.* — 4. *Sobre la inscripción de la resolución del contrato.* — 5. *El Derecho Civil y el Derecho Registral no necesariamente responden a la misma lógica.* — 6. *La calificación del registrador siempre es limitada.* — 7. *El registro no puede inscribir la resolución del contrato por virtud de una declaración unilateral del acreedor: violación de los principios registrales de fehaciencia del acto y legitimación.* — 8. *¿Por qué le creemos sólo al acreedor?* — 9. *El manido argumento de la «seguridad del tráfico».* — 10. *Crítica del extremismo que pretende convertir el registro en «verdad oficial».* — 11. *¿Qué dice el Derecho Comparado sobre la inscripción de la resolución del contrato?* — 12. *Tiene algo que ver en este tema el tracto sucesivo? El llamado «ruleteo» de los principios registrales.* — 12. *No es lo mismo la cláusula resolutoria que una condición suspensiva o resolutoria.* — 13. *No es lo mismo la cláusula resolutoria que una condición suspensiva o resolutoria.* — 14. *Un problema serio en la práctica: no se sabe diferenciar entre la «cláusula resolutoria» y la «condición resolutoria».* — 15. *Conclusiones.*

I. LA LESIÓN O INFRACCIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

La responsabilidad contractual, en sentido amplio,¹ incluye todos los remedios o mecanismos jurídicos, judiciales o extrajudiciales, que la ley reconoce en tutela y defensa del crédito. Por su parte, «crédito» viene a ser el derecho del acreedor consistente en exigir una prestación con valoración económica por parte del obligado o deudor.

1 Aquí se encuentran incluidas las pretensiones de cumplimiento por obra del deudor (artículos 1150-1, 1151 y 1158-1, 1219-2 del CC), o de tercero (artículos 1150-2, 1151-1 y 1219-2 del CC), de corrección de la prestación (artículos 1151-3, 1158-2 y 1508 del CC), de reducción de la prestación (artículos 1138-2, 1138-6, 1151-4, 1513 y 1525 del CC), de resarcimiento en lugar de la prestación (artículos 1152, 1159, 1219-3, 1321, 1495-7 y 1512-5 del CC), de sustitución por el denominado *commodus representationis* (artículos 1138 y 1157 del CC), de resarcimiento por prestación inexacta (artículos 1152, 1159, 1219-3, 1321 y 1336), de resolución de contrato (artículos 1150-3, 1158-3, 1337, 1428 a 1430, 1495, incisos 1 a 6, 1511 y 1525), de desistimiento sin causa (artículos 1365, 1613 y 1703) o de desistimiento por justa causa (artículos 1769 y 1833), entre muchas otras.

Distinto es el concepto «restringido» de responsabilidad contractual, el cual abarca exclusivamente la específica tutela que obtiene el acreedor por los daños sufridos por una infracción del deudor respecto de la prestación prometida, y que se repara a través del resarcimiento.

La responsabilidad contractual «amplia» se construye sobre la base de dos figuras emblemáticas: la imposibilidad y la mora. El fundamento de ello es muy simple: una relación obligatoria está destinada a cumplirse; esa es su razón de ser en el mundo jurídico, ya que fue creada para extinguirse luego de realizar un acto de circulación de la riqueza.

Pues bien, siendo ello así, el deber de prestación se encuentra sometido a dos hipótesis teóricas: o el deber puede cumplirse, ante lo cual el deudor queda en mora —recuérdese que se necesita el requerimiento: mora *ex personae*—; o el deber no puede cumplirse en el mundo físico y/o jurídico, es decir, no existe deudor alguno que pueda procurar esa prestación, por lo que está en imposibilidad.

Un vendedor que no transfiere la propiedad de un bien, porque le falta adquirir el dominio, se encuentra en situación propia de mora, ya que si bien la prestación es susceptible de cumplimiento, pues el bien está en el comercio de los hombres, sin embargo, no puede producir el efecto programado de transmitir la propiedad. En cambio, un comprador que no transfiere la propiedad de un bien, porque éste se perdió irremediablemente por destrucción física, se encuentra simplemente en situación de imposibilidad de cumplir, ya que ningún deudor puede procurar esa prestación.

Dependiendo de las circunstancias, el deudor estará en mora (artículo 1333 del CC) o imposibilidad (artículo 1316 del CC), por lo que la doctrina de las patologías del crédito se basa en ambas figuras, cuyo protagonismo estelar no se deduce de las deficientes normas de nuestro Código Civil. Como ejemplo vale mencionar que al artículo 1316, sólo doctrinalmente se le puede considerar referido a la imposibilidad, pues en realidad la norma ni siquiera menciona dicha figura y, por el contrario, se limita a regular la extinción de la obligación si ésta no se ejecuta por causa no-imputable.

Sin embargo, de esa premisa debe deducirse que la extinción sólo puede justificarse cuando existe imposibilidad de cumplir, pues en caso contrario, si la prestación es posible, entonces no habría razón alguna para que se produzca una extinción legal y automática de la obligación. Por lo tanto, la norma está incompleta y requiere ser entendida con el auxilio de la doctrina.

La centralidad de la imposibilidad y la mora no se infiere de la pobre regulación de nuestro Código, pero sí desde la pura lógica. En efecto,

el deudor puede cumplir o no puede hacerlo. En el primer caso, el deudor está en situación de mora y el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso en cualquier momento (artículo 1333 del CC).

Ahora bien, si la situación de mora se prolonga entonces el acreedor puede considerar que la prestación ya no es de utilidad para él, con lo cual queda facultado para utilizar *la tutela extintiva a través de «rehusar su ejecución»* (artículo 1337 del CC). En el segundo caso, de imposibilidad, ya no cabe nada más que hacer y, en consecuencia, la obligación se extingue si se ocasiona por causa no-imputable (artículos 1138-5, 1156, 1160 —que remite al 1156—, 1165-3, 1166-4 y 1316 del CC). Si la imposibilidad se debe a culpa del deudor, entonces éste se encuentra obligado al resarcimiento (artículos 1138-1, 1154 y 1160 —que remite al 1154—, 1165-1 y 1166-1), siempre que se prueben los daños (artículo 1331 del CC).

2. REMEDIOS FRENTE A LA INFRACCIÓN O LESIÓN DEL CRÉDITO

La primera acepción de responsabilidad contractual («amplia») se caracteriza por su extrema heterogeneidad, ya que agrupa figuras muy disímiles entre sí. Por lo tanto, los requisitos o excepciones que se aplican a una, no necesariamente se aplican a la otra. *Eso ha sido la causa de la confusión que todavía hoy se advierte en la doctrina*, conforme ha ocurrido con el debate sobre la responsabilidad objetiva o subjetiva, esto es, si se requiere el elemento de culpa o no, con el fin de exigir una indemnización.

Con el fin de mantener un debido orden y una correcta sistemática, se hace necesario construir una tipología de remedios contractuales, cuya finalidad es encausar el material legislativo, conservar coherencia valorativa y guiar al intérprete y al juez. Por nuestra parte, proponemos la siguiente tipología de remedios vinculados a la *responsabilidad contractual en sentido amplio*.

2.1. Remedios de cumplimiento

La ley faculta que el acreedor se procure la prestación debida, ya sea forzosamente contra el deudor o mediante el auxilio de un tercero. En estos casos se pretende que el acreedor satisfaga directamente su interés en la prestación debida, esto es, que el programa contractual se actúe naturalmente; por lo tanto, también se le denomina «tutela satisfactiva».² Deben incluirse en este acápite las acciones de sustitución o corrección, cuando la ley faculta a que el deudor pueda entregar otro bien o repararlo

2 AMADIO, Giuseppe. *Lecture sull'autonomia privata*. Padua: Cedam, 2005, p. 205.

o corregirlo (artículo 1515 del CC). Este caso resulta especialmente importante en la legislación de protección al consumidor.

2.2. Remedios extintivos por falta de equilibrio

Abarca las hipótesis en las cuales el acreedor se libera del vínculo para evitar el desequilibrio o la falta de simetría económica del contrato. Es el caso de la resolución, por la que se pone fin a la relación jurídica para evitar que el cumplimiento de una parte se salde en los hechos con el incumplimiento de la otra (artículo 1428 del CC). También habría que incluir aquí a la extinción del contrato por imposibilidad en el cumplimiento (artículo 1316 del CC).

2.3. Remedios que reparan la falta de equilibrio

Se refiere a las situaciones en las que el vínculo obligatorio se mantiene, sin embargo, se hace necesario mantener el equilibrio roto. Por ejemplo, cuando se entrega un bien con defectos, y si bien el acreedor desea conservar el bien, empero, también resulta necesario mantener la simetría económica del negocio, por lo que la ley autoriza a que se reduzca el precio. En efecto, si el deudor entrega un bien defectuoso, entonces el acreedor tiene el derecho a pagar un menor precio por él, lo cual justifica la acción de reducción o *quantum minoris* en el caso del saneamiento por vicios ocultos (artículo 1513 del CC).

2.4. Remedios de equidad

Son aquellas hipótesis por las cuales se otorga un instrumento de protección por causas excepcionales o por casos justificados en los que la ley da más apertura para liberarse tratándose de ciertas relaciones jurídicas. Por ejemplo, la lesión. Otro caso es el desistimiento por causa justificada en el contrato de locación de servicios, en donde se valora especialmente la prestación de una actividad humana (ejemplo: circunstancia de índole personal — muerte de familiar muy cercano — que afecta al locador), que da lugar a especiales remedios ya que podría encontrarse en juego la dignidad implícita en ella. También pueden mencionarse los actos gratuitos, cuya especial naturaleza da entrada a una mayor facilidad para la liberación del donante o deudor (ejemplo: reversión pactada, revocación legal por causas de desheredación o indignidad, extinción por sobreveniencia o supervivencia de hijo. Todas estas figuras están reguladas en el contrato de donación).

2.5. Remedios de conservación

Por los cuales se mantiene el patrimonio del deudor a fin de hacer

efectiva su responsabilidad patrimonial por la obligación. Puede incluirse la acción revocatoria o pauliana, y la subrogatoria. En esta última, el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor, cuando aquél sea negligente e insolvente. Se trata de un mecanismo de conservación del patrimonio, ya que el crédito se encuentra dentro de los activos del deudor, por lo que se atribuye una acción directa al acreedor con el fin de hacerlo efectivo. Otro caso son las acciones conservatorias para los negocios jurídicos sujetos a condición.

2.6. Remedios de resarcimiento

Se basa en la infracción de un deber, con culpa y que ocasiona daño. En tal situación se impone que el acreedor quede en situación de indemnidad, es decir, en la misma situación como si el daño no se hubiese producido. Abarca el «resarcimiento-sustitución» o el «resarcimiento por prestación inexacta». Los remedios incluidos en este ámbito son manifestaciones de la *responsabilidad contractual en sentido restringido*.

Los remedios extintivos, como la resolución contractual, tienen el objetivo de evitar el desequilibrio o la falta de simetría económica en el contrato. En tales casos, también basta el solo «incumplimiento» (artículo 1428 del CC), sin que tengan relevancia alguna la culpa o los daños, pues lo que se pretende con la resolución es impedir que uno ejecute su prestación y el otro no.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina está conforme en no autorizar la resolución cuando el incumplimiento es de poca magnitud. Nuestro Código Civil no se pronuncia sobre el particular, pero resulta atendible la invocación del artículo 1362 del CC para lograr dicho propósito, pues la ejecución del vínculo contractual debe hacerse conforme a las reglas de la buena fe. La razón de ser de los mecanismos extintivos es el siguiente: el equilibrio del contrato se mantiene objetivamente cuando ambos cumplen su deber o cuando ninguno queda obligado a hacerlo mediante la oportuna liberación del vínculo. Con la extinción de la relación jurídica se recupera esa simetría.

Sin embargo, si la infracción del deber («incumplimiento») se origina por culpa y se prueban los daños, entonces, además de la resolución, deberá repararse el desequilibrio mediante el resarcimiento en su modalidad de «sustitución». El artículo 1428 contiene el error de hacer suponer que la consecuencia de la indemnización es obligatoria y necesaria cuando se declara la resolución. Pero, no es así. Ambos remedios tienen presupuestos, efectos y función diversa, por lo que sus requisitos son distintos. Una vez más, la doctrina debe acudir en auxilio del legislador.

3. CLÁUSULA RESOLUTORIA Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La cláusula resolutoria expresa es aquel pacto por el cual una de las partes (o ambas) se reserva la facultad de resolver o hacer cesar en forma sobrevenida una relación obligacional nacida del contrato por causal de incumplimiento grave y previamente determinada con toda precisión (artículo 1430 del CC).

La cláusula exige dos requisitos de contenido: a) la previsión de que el incumplimiento será automáticamente resolutorio, debe constar «expresamente»; b) la resolución debe ir ligada al incumplimiento de una «determinada obligación». Por el contrario, si la cláusula ligase la resolución al incumplimiento genérico de cualquier obligación, o comprensivamente de todas ellas, entonces se entendería como cláusula de estilo que llama en forma superflua a la disciplina de la resolución judicial.³

No debe confundirse la «cláusula resolutoria» con la «resolución». La primera, simplemente, es el convenio hipotético porque en ese momento no se ha producido todavía la situación de incumplimiento, en otras palabras, es una *modalidad para producir la resolución*. Por el contrario, la segunda implica la extinción del vínculo contractual por causa sobrevenida a la celebración del negocio, y especialmente en casos de incumplimiento. Puede decirse que la primera es una «resolución en abstracto», pues en ese momento el negocio jurídico es plenamente válido y eficaz, mientras la segunda es una «resolución en concreto» porque el negocio cesa en sus efectos por virtud de dicha patología contractual.

La cláusula puede dar lugar a la resolución, siempre que se produzca el incumplimiento y, además, el acreedor haga efectivo el poder jurídico que se ha reservado para deshacer la relación negocial (artículo 1430 del CC). Téngase en cuenta que la resolución no opera de oficio, pues el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento o resolver (poner punto final) a la situación jurídica (artículo 1428 del CC).

Otra *modalidad de resolución* es la llamada «por autoridad del acreedor», o mejor, «por intimación» (artículo 1429 del CC). Supongamos, por ejemplo, que no se pacta una cláusula resolutoria expresa, o que conviniéndose ella no se refiere a la obligación específicamente determinada; en tal caso, se permite que el acreedor pueda intimar al deudor para que cumpla la prestación a su cargo en el plazo de quince días, bajo apercibimiento de tener por resuelto el contrato de pleno derecho.

El contenido de la intimación comprende dos elementos: a) La intimación a cumplir, esto es, el requerimiento para que el deudor cumpla la

3 ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milán: Giuffrè Editore, 2001, p. 967.

prestación que le compete; b) La declaración por la cual se indica que una vez transcurrido el término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto.⁴

4. SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios permite que se inscriba la resolución contractual cuando ya se ha «ejecutado» a través de la declaración de voluntad del acreedor, sea en los casos de resolución por cláusula expresa o por autoridad del acreedor (artículos 68 y 69). En ambos casos exige una escritura pública en la cual se inserte la comunicación notarial de resolución en la primera hipótesis o la intimación en la segunda.

Si bien la norma no lo dice, sin embargo, parece obvio que la inscripción de la resolución requiere imperativamente que no existan terceros adquirentes, ya que esta ineficacia negocial no afecta a los terceros de buena fe (artículo 1372 *in fine* del CC).

Esta regulación permite formular la siguiente pregunta: ¿resulta correcto que el Reglamento de Inscripciones permita inscribir la cláusula resolutoria con la sola declaración del acreedor, ya sea por cláusula expresa (artículo 1430 del CC) o por intimación resolutoria (artículo 1429 del CC)? Desde ya adelantamos nuestra respuesta clara y contundente: *esa opción es ilegal desde la perspectiva jurídica, incorrecta en la práctica e inmoral desde la ética.*

5. EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO REGISTRAL NO NECESARIAMENTE RESPONDEN A LA MISMA LÓGICA

Con un simplismo digno de mejor causa se dice que, para bien o para mal, el Código regula la resolución de contrato por autoridad del acreedor (artículo 1429 del CC) y la cláusula resolutoria (artículo 1430 del CC); por lo que esa misma situación debe recogerse por el registro.⁵

El argumento no pasa de ser una falacia, pues el Derecho Civil tiene una lógica y un funcionamiento que no necesariamente calza con el registro. El primero regula las relaciones y situaciones jurídicas entre los particulares de acuerdo con las valoraciones sustanciales que realiza el ordenamiento

4 *Ibidem*, p. 965.

5 Desde el propio título de su artículo se anuncia el cuestionable fundamento que esgrime: BECERRA SOSAYA, Marco. «Transferencia de propiedad por resolución unilateral no requiere declaración de las partes o decisión judicial». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, mayo, 2010, n.º 140, pp. 37-40.

en orden a la tutela del hombre. Por ejemplo, ¿se protege al propietario o al poseedor?, ¿se defiende a los vecinos o al propietario del predio frente a los ruidos molestos?, ¿se mantiene la misma libertad contractual en los contratos por adhesión o se restringe?

Nótese que los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas de ventaja son *valores reconocidos y tutelados por el ordenamiento*. El sistema legal, según sus propios criterios extraídos de aquellos dominantes en la colectividad social, valora la infinita variedad de los intereses humanos y decide proteger aquellos a quienes considera dignos o merecedores de relevancia jurídica.⁶

Por su parte, el Derecho Registral no está en el mismo plano sustancial, sino en uno de carácter formal o instrumental. *El registro no cumple un fin por sí mismo, sino que se trata de un mecanismo técnico que coadyuva al logro y tutela de aquellos otros valores*, pero él no los define ni lo vivencia. Por lo tanto, no puede decirse alegremente que «como el Derecho Civil lo permite, entonces el registro lo reproduce tal cual».

Un ejemplo servirá para aclarar el panorama: los contratos se rigen por el principio consensual, es decir, basta el solo consentimiento de las partes para producir un acuerdo que sea vinculante y obligatorio (artículo 1352 del CC). Sin embargo, ese principio no puede trasladarse al registro, pues en tal caso cualquier negocio jurídico, sin importar la formalidad empleada, podría ser inscrito. De acuerdo con el principio consensual es válido un contrato celebrado en forma verbal, escrita, en documento privado o público, o incluso sin expresar palabras por la sola ocurrencia de hechos concluyentes. Pero, la validez civil de los contratos no tiene reflejo en el registro, ya que éste vela por la seguridad jurídica de las adquisiciones, y actúa a nivel preventivo, por lo tanto, sólo admite instrumentos públicos en los cuales consten y se documenten los distintos negocios jurídicos.

De acuerdo con la «interpretación» de Becerra Sosaya, entonces el registro debería inscribir una «servilleta» que contenga un contrato de compra-venta, o incluso un «audio», pues «el Código Civil regula y permite el principio consensual en la formación de los contratos, ergo, el Registro también». El problema sería que, en tal caso, el registro de nada valdría, pues el ingreso de actos irregulares, viciados, falsos y nulos, conllevaría a que la información dada por el aparato estatal carezca de relevancia. Un sistema registral de ese tipo, sería fuente interminable de litigios y de inseguridad, es decir, todo lo contrario al fin que aquél pretende.

En consecuencia, resulta incorrecta la ecuación «Derecho Civil =

6 COMPORITI, Marco. *Diritti reali in generale*. Milán: Giuffrè Editore, 1980, pp. 33-34.

Derecho Registral», por lo que el sustento del contradictor carece de toda base. Por lo tanto, si el registro no puede inscribir una servilleta, pues tampoco puede inscribir una resolución contractual decidida por sí y ante sí por el propio acreedor. *Eso es de toda evidencia*, pues una de las partes del contrato terminaría siendo juez de su litigio privado, y en tal condición siempre decidirá de acuerdo con sus intereses y conveniencias. ¿Puede el registro, y con ello el Estado y su hipotética búsqueda del bien común, prestarse para semejante abuso?

La resolución por aceptación del deudor o por sentencia judicial constituyen los únicos medios para acceder al registro, ya que éste reclama seguridad jurídica en los actos que se inscriben.⁷ La idea que subyace en el Derecho Registral es la siguiente: «inscripción = fehaciencia»; por lo que no puede aceptarse aquéllas que se resuman en: «inscribe y luego reclama». Justamente, en la resolución extrajudicial tenemos una situación incierta, dudosa y tambaleante.

La exposición de motivos oficial del Código Civil, aquella que impulsó el profesor Jack Biggio Chrem, decía hace ya más de veinte años que la resolución extrajudicial, si bien con efectos en el Derecho Civil, no era inscribible en el registro. Parece que la buena doctrina se ha olvidado con el paso del tiempo.

Por lo demás, resulta muy curioso el argumento de Becerra Sosaya cuando reclama que la resolución contractual del Código Civil deba pasar, tal cual, desde una carta notarial a una inscripción registral; sin embargo, parece haber olvidado que hasta hace muy poco tiempo criticaba «el derecho administrativo de la hipoteca», denunciando que las instancias registrales se habían irrogado la atribución de decidir e interpretar el ordenamiento sustantivo hipotecario.⁸ Pues bien, no se entiende cómo se cuestiona el «derecho administrativo de la hipoteca», pero sí se defiende a ultranza el «derecho administrativo de la resolución contractual». Parece que la coherencia no es precisamente una virtud en el razonamiento jurídico.

Especulamos que la diferencia se encuentra en lo siguiente: una calificación severa de la hipoteca puede preocupar a un notario pues sus potenciales clientes pueden volar hacia otros lugares cuando se presentan

7 «Por otra parte, al discutirse y decidirse judicialmente la resolución del contrato, se evita la incertidumbre que genera la resolución extrajudicial cuando el deudor niega que se hayan verificado los extremos para la resolución. La vía judicial otorga seguridad jurídica a la resolución, lo que no acontece con la extrajudicial». IBÁÑEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 275.

8 BECERRA SOSAYA, Marco. «La caducidad de hipotecas que garantizan obligaciones futuras o eventuales». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2009, n.º 135, p. 314.

sucesivas denegatorias y rechazos de inscripción. Allí sí es criticable el «derecho administrativo de la hipoteca». En cambio, el caso de la resolución unilateral del contrato se rige por una «lógica económica» distinta, ya que cada resolución implica una nueva escritura pública; sin importar si se despoja a una persona en forma violenta y oculta. Aquí sí es conveniente un «derecho administrativo de la resolución», siempre que con ello se facilite y flexibilice el registro. La idea es proponer soluciones que aumenten el trabajo notarial.

6. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SIEMPRE ES LIMITADA

En el mismo artículo dice lo siguiente: «(la resolución judicial comentada) deja un sinsabor, pues la respetable Sala parece haberse esforzado en demostrar que la función calificadora de los Registros Públicos es tan nimia como ineficaz a los fines de coadyuvar en la consolidación de derechos sustantivos — sancionándola recurrentemente como limitada —, y es que después de leer el íntegro de ésta, uno se pregunta si acaso el sistema registral peruano es uno de mero archivo de documentos — sin pasar por el filtro riguroso de una calificación jurídica —, o si más bien, como siempre hemos creído bajo el auspicio del artículo 2011 del Código Civil, obedece a la necesidad de verificar minuciosamente la validez de los actos o derechos que pretenden ingresar (sic) al registro».⁹

No entendemos cómo puede sostenerse que la calificación es un «examen minucioso de la validez de los actos y derechos». ¿Acaso el registrador puede recibir declaraciones de las partes y los testigos para conocer la verdad material?, ¿puede solicitar pruebas de oficio?, ¿tiene potestad de imperio para requerir la colaboración de los terceros?, ¿puede hacer inspecciones o recibir pericias?, ¿puede evaluar pruebas distintas al instrumento público que se le presenta?, ¿tiene el poder de valorar las pruebas actuadas mediante su apreciación razonada?, ¿puede conocer los estados subjetivos de mala fe o fraude?, ¿puede indagar si una de las partes sufrió un vicio de la voluntad, esto es, error, dolo, violencia o intimidación?, ¿puede avanzar sobre el texto formal del documento y sancionar la simulación, el fraude a la ley o levantar el velo societario?, ¿puede conocer el aprovechamiento del estado de necesidad que da lugar a la lesión?, ¿tiene capacidad de constatar la causa ilícita del contrato?, ¿puede ir más allá de la declaración de voluntad de las partes, es decir, puede evaluar el

9 BECERRA SOSAYA, MARCO. «Transferencia de propiedad por resolución unilateral no requiere declaración de las partes o decisión judicial». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, mayo, 2010, n.º 140, p. 37.

comportamiento anterior o posterior del negocio, o los usos, o los hechos concomitantes?, ¿podrá dilucidar la común intención de las partes?

Vamos a dejar las interrogantes hasta aquí, pues resulta evidente que en todos los casos la respuesta siempre es negativa. Por lo tanto, en realidad está fuera de debate que la calificación del registrador es limitadísima. Incluso cabe recordar que en sede registral *no se declara la nulidad del acto o contrato*, lo que corresponde exclusivamente al Poder Judicial.

La calificación del registrador se circunscribe a una evaluación formal de un documento público, es decir, una revisión de los datos requeridos para la inscripción con un mínimo margen de maniobra, pues todo el examen se reduce al citado instrumento y su concordancia sustancial con los antecedentes del registro. Según la doctrina italiana, el control del registrador se reduce a una mera verificación formal de documentos dentro de los perfiles indicados por la ley,¹⁰ lo cual tiene una coincidencia plena con nuestra definición de la calificación registral como examen técnico-formal de ciertos elementos de legalidad referidos a un acto o contrato.¹¹

El carácter «integral» o «extralarge» de la calificación es un dogma que se ha venido repitiendo por costumbre, *y especialmente por falta de espíritu crítico*. Becerra Sosaya incurre en petición de principio, pues da por comprobado lo que pretende probar; en este caso, todo su argumento se reduce a decir que siempre ha creído (sic) que la calificación es «minuciosa».¹² El Derecho no puede fundarse en tan poco, esto es, en lo que alguien «ha creído». *Estas líneas van a servir para demostrarle lo contrario.*

En efecto, la calificación registral es limitada, necesariamente, porque se encuentra inmersa dentro de un procedimiento estrecho, reducido al examen de un instrumento. El registrador no conoce la verdad, sino un documento público, y no sale de él. Toda la cambiante realidad dinámica del Derecho queda reducida a unas cuantas hojas de papel. Siendo que el procedimiento registral está severamente restringido, por su propia naturaleza, entonces lo mismo acontece con la calificación. Aquí mayores fundamentos:

10 IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*. Padua: Cedam, 2006, p. 53.

11 Para más detalles de esta definición remitimos a la obra de: GONZALES BARRÓN, Günther. *La nueva doctrina del Derecho Registral. Jurisprudencia de la Sala Transitoria del Tribunal Registral*. Lima: Jurista Editores, 2010, pp. 36-57.

12 El uso del adjetivo «minuciosa» es sintomático, pues efectivamente hoy la calificación registral está degradada por efecto de posiciones doctrinales como las que nosotros criticamos en el texto principal. De otra forma no se explica por qué el registrador de hoy se empeña en realizar un examen de minucias o erratas, como si fuese un corrector de estilo literario. Una resolución fundamental respecto a este tema es aquella expedida por la Sala Transitoria del Tribunal Registral (n.º 1362-2009-SUNARP-TR-L de 3 de septiembre de 2009, suscrita por los autores de este artículo), cuyo texto completo puede verse en: GONZALES BARRÓN. *Ob. cit.*, pp. 687-693.

- a) La función registral actúa sobre la base de muy pocos elementos de juicio y, en especial, por el documento fehaciente aportado por el usuario, así como por los antecedentes del registro. Si el registrador hace una evaluación con tan reducido material, entonces es de esperar que el alcance del examen (sobre la legalidad del acto) sea también limitado. No puede admitirse que un antecedente reducido dé como resultado un consecuente amplio (principio de «prueba escasa»).
- b) El registrador actúa en un procedimiento en donde sólo se verifica un documento, sin actuación libre de pruebas, sin valoración de la prueba, sin citación de otra parte, sin audiencia ni contradictorio, sin declaraciones ni testigos, sin analizar intenciones, buena fe o subjetividades, etc. Por lo tanto, la calificación, que se inserta en un procedimiento tan restringido como éste, basado en lo que se diga en un instrumento público (principio de «prueba rígida»), necesariamente conlleva a que estemos ante un examen limitado. En efecto, un procedimiento *que no se basa en hechos que se descubren y evalúan, sino solo en documentos tasados*, tiene una evidente restricción para llegar a la verdad real, y si a ello añadimos que el procedimiento no toma en cuenta las garantías procesales de bilateralidad, contradicción y audiencia, por su propia limitación al documento público, entonces la conclusión lógica es que el examen realizado por el registrador tiene límites precisos que derivan de la propia naturaleza de la función y del procedimiento registral.
- c) La calificación no sólo se basa en pocos elementos de juicio, sino que además tiene por cierto una serie de hechos que los presumen sin necesidad de prueba, o se prueban relativamente mediante declaraciones de buena fe o se prueban por actos formales de un funcionario público. Por lo tanto, existe una serie de cuestiones que son objeto de simples presunciones simplificadoras o admiten prueba relativa por medio de documentos privados o declaraciones juradas (principio de prueba incompleta).¹³

13 «La prueba es *incompleta* porque no todos los requisitos exigidos para la validez de un acto con trascendencia real han de ser acreditados auténticamente. Son múltiples los supuestos en que el órgano calificador parte de presunciones o de pruebas insuficientes: así, en materia de estado civil (soltería, mayoría de edad, matrimonio, persistencia de la viudez, ausencia de incapacitación, nacionalidad, vecindad civil) o de domicilio de los apátridas, régimen económico-matrimonial si es el ordinario, presunción de gananciales, vigencia actual de una representación, la representación legal actual de los padres, el ámbito representativo del administrador social en relación con los actos conexos con el objeto social, la causa de los negocios, la ausencia de vicios de consentimiento, datos de la finca, etc.»: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales*.

El artículo 2011 del CC no es óbice para entender que la calificación es restringida, pues la validez del acto que verifica el registrador se circunscribe exclusivamente al instrumento público (artículo 2010 del CC). Siendo así, ¿cómo puede dicho funcionario conocer que se ha producido alguna causal de nulidad en el contrato?, ¿cómo lo determina?, ¿actúa las pruebas para ese fin? Las causales de nulidad, normalmente son subjetivas y ocultas, por lo que no aparecen en el propio instrumento. Por lo tanto, no se entiende cómo puede el registrador calificar algo que no le consta ni le puede constar.

Tal vez Becerra Sosaya piensa que en una escritura pública las partes podrían manifestar que «actúan influenciadas por error», o que «uno se está aprovechando de la necesidad del otro» o que «el acto es simulado o la causa es ilícita». Claramente se tratan de hipótesis excepcionales, casi de laboratorio, pues nadie va a poner por escrito que el contrato cuenta con un defecto. En tal caso, el notario tiene la obligación de atajar ese acto y negar su intervención, por lo que es poco frecuente que el registrador pueda realmente oponerse a inscribir un título por la validez manifiesta. Ello ratifica que la calificación es limitada.

Por otro lado, el contradictor dice que la función judicial también es limitada, por lo que nada nuevo se sostendría cuando se caracteriza a la calificación de la misma manera.¹⁴ En buena cuenta, se sostiene que ambas funciones tienen límites, con lo que se pretende ingenuamente igualar una con la otra, o peor todavía, se busca desacreditar a una degradándola al mismo nivel que tiene la otra. Este argumento replica alguno que fue popular durante una etapa política reciente: «si todos son corruptos, entonces nadie es corrupto»; o sea, «si todas las potestades públicas son limitadas, entonces ¿por qué repetir que la función registral también lo es?». *La falacia queda así en evidencia.*

La verdad es que no comprendemos cómo puede compararse el examen formal que hace el registrador respecto del cumplimiento de algunos requisitos legales, con la potestad jurisdiccional que resuelve un conflicto de intereses con la autoridad de cosa juzgada; ya que en el primero no hay contención, no hay amplitud probatoria, no hay libre valoración de la prueba, no hay imperio, no hay dilucidación de los derechos controvertidos, no hay decisión definitiva, etc., etc. Todas son diferencias entre la evaluación del registrador y la del juez; en consecuencia, no hay términos para comparar.

Derecho Hipotecario. Madrid: CRPME, 1999, tomo II, p. 468.

14 BECERRA SOSAYA. *Ob. cit.*, p. 37.

7. EL REGISTRO NO PUEDE INSCRIBIR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR VIRTUD DE UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DEL ACREEDOR: VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DE FEHACIENCIA DEL ACTO Y LEGITIMACIÓN

Dentro de este contexto es claro que la calificación del registrador tiene como presupuesto un documento fehaciente, ya que sólo él permite acercarse, por lo menos, a una verdad formal de los hechos (artículo 2010 del CC). Por tal razón, es inaceptable que la escritura unilateral otorgada por quien *no es el titular registral*, termine despojando a éste de su derecho, sin defensa, sin juicio, sin garantías, sin imparcialidad y sin que en el instrumento se detallen siquiera las circunstancias y la gravedad del supuesto incumplimiento.

Sin embargo, nótese la incoherencia de la interpretación registral, proclive a inscribir la resolución unilateral, pero que rechaza la inscripción de resoluciones judiciales cuando no se ha emplazado al titular inscrito. Este criterio puritano de «defensa del propietario registral» queda sospechosamente olvidado cuando el despojo se consuma con una simple declaración unilateral sin que nadie haya controlado su legalidad intrínseca. Es decir, lo que no puede hacer la Corte Suprema según el criterio registral, esto es, anular una inscripción sin citación del titular inscrito, sin embargo, sí puede hacerlo cualquier acreedor, especialmente si se trata de una entidad bancaria o financiera. Las bases constitucionales del poder quedan así trastocadas, pues el poder económico tiene mayor jerarquía que los poderes legítimos del Estado Constitucional de Derecho. Este tipo de «interpretación» y de «coherencia» es la que avala Becerra Sosaya.

Por otro lado, resulta llamativo que un propietario inscrito pueda ser despojado con tanta facilidad, es decir, por efecto de acto unilateral del mismo sujeto que le transmitió el bien. Es decir, quien vende un bien puede quitarlo con una facilidad digna de mejor causa. Esto pone en grave entredicho el principio de legitimación registral, esto es, aquél por el cual se presume la exactitud de las inscripciones y su conformidad con la realidad jurídica (artículo 2013 del CC).

Es dudoso, por lo tanto, que una resolución extrajudicial, sin proceso, sin oír a la contraparte y realizada en forma violenta y abusiva (recuérdese que el comprador ni siquiera recibe en devolución el precio pagado), pueda ser compatible con la presunción registral de exactitud, ya que a pesar de tal enunciado legal de indudable eficacia en el ámbito judicial y extrajudicial (artículo 2013 del CC), sin embargo, resulta que su valor es nulo pues se permite que el propietario inscrito quede sin nada, sin siquiera enterarse o darle la posibilidad real y efectiva de oponerse.

Nótese la hipocresía e incoherencia valorativa, de nuestro ordenamiento, cuando tiene temor de cancelar una inscripción basada en un título falso, pues ello sólo permite que se extienda una anotación preventiva temporal, sin que se elimine la titularidad del propietario inscrito; empero, cuando se trata de un comprador con título válido y eficaz, sí se permite cancelarlo por el simple dicho de la contraparte. Lo falso no se cancela; lo auténtico sí.

Por lo demás, es conocido en el Derecho Comparado que el principio de legitimación registral implica que el titular inscrito no pueda ser privado de su derecho, salvo que medie su propia voluntad en contrario o una sentencia judicial. Aquí no se produce ni lo uno ni lo otro, pero sí la extinción del dominio, por lo que existe una clara contravención del artículo 2013 del CC. Y no podrá decirse que la voluntad del titular ya está manifestada en la cláusula de resolución extrajudicial del contrato, pues dicha declaración permite ese efecto cuando realmente se han producido los requisitos para que opere (incumplimiento, gravedad, ausencia de causa justificativa, cumplimiento propio); en ningún momento la cláusula autoriza a que la voluntad del acreedor actúe por sí sola y que ella sea tomada como prueba plena de los hechos configuradores de la resolución; en otras palabras, la ley permite la resolución por obra del acreedor, pero en ningún caso permite que su declaración de las partes sea sacrosanta, y menos para efectos registrales en donde juega un importante rol la presunción de exactitud.

En efecto, ¿por qué tomamos como cierta la afirmación del acreedor y la amparamos en un asiento registral?, ¿quién ha certificado la veracidad de esa declaración?, ¿quién ha controlado la legalidad de los presupuestos que permiten la resolución extrajudicial? Resulta inaudito que la simple voluntad de un particular se imponga sobre otro sujeto que está en su mismo nivel, y que se le crea a uno y no al otro.

Es paradójico que Becerra Sosaya alegue la importancia de la calificación y de la seguridad que provee una inscripción,¹⁵ sin embargo, seguidamente admita que un propietario con derecho inscrito sea objeto de una privación subrepticia, abusiva, sin control de nadie y por la declaración interesada de la otra parte. ¿En qué quedamos? ¿Dónde está la seguridad jurídica del titular inscrito? Con una mano se borra lo que se escribe con la otra.

En resumen, los artículos 68 y 69 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios contravienen de modo flagrante los principios registrales de título fehaciente (artículo 2010 del CC) y legitimación (ar-

15 BECERRA SOSAYA. *Ob. cit.*, p. 37.

título 2013 del CC); y, en consecuencia, aquellas normas son claramente ilegales e inconstitucionales. Por lo tanto, en este contexto resulta curioso sostener que «el registrador y el Tribunal Registral deben aplicar la norma reglamentaria por temor a las sanciones administrativas ya que habría una inconducta funcional».¹⁶ ¡Qué pobreza de argumento! El Derecho, así entendido, dejó de ser el reino de la justicia y se convirtió en una modesta fábrica de papeletas de infracción y la forma de evitarlas.

Las normas no tienen que aplicarse en forma literal, mecánica y obtusa. Para eso existen los valores y los principios que operan con el auxilio de la hermenéutica. Por lo tanto, la solución es muy simple. Basta que las instancias registrales interpreten el reglamento en el sentido de que la declaración unilateral del acreedor en escritura pública es necesaria, pero no suficiente, ya que se requiere la comprobación auténtica del hecho configurador de la resolución contractual. ¿Y cuál podría ser esa comprobación? Pues, sólo la declaración del deudor aceptando su incumplimiento o una sentencia judicial que así lo establezca. Ello es así porque el registro actúa en virtud de títulos fehacientes. Caso contrario, el título será objeto de tacha por defecto insubsanable.

8. ¿POR QUÉ LE CREEMOS SÓLO AL ACREEDOR?

A veces se sostiene que las partes convinieron en la resolución extrajudicial y, por ello, deben someterse a las consecuencias de su propio pacto. En efecto, los contratantes autorizaron la resolución del contrato sin necesidad de juicio, *pero no autorizaron a que la declaración del vendedor sea suficiente prueba y constancia del incumplimiento*, su gravedad, ausencia de justificación y cumplimiento o garantía de la prestación recíproca. En otras palabras, la cláusula no convierte al acreedor en juez, ni árbitro; y si bien ella opera como mecanismo de tutela sustancial —civil—, sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito registral que solamente actúa con títulos fehacientes, y ciertamente la declaración unilateral de la parte beneficiada carece de toda imparcialidad y garantía de certeza.

Recuérdese que la resolución de contrato por incumplimiento requiere comprobar una serie de presupuestos para que ésta opere, tales como la existencia de la situación de no-prestación o de prestación defectuosa; así como la gravedad del incumplimiento, ya que es bien conocido que los vicios o defectos menores no tienen la entidad suficiente para justificar la resolución. Éste es un remedio radical que deshace un negocio jurídico, por lo que el incumplimiento también debe ser de esa

16 *Ibidem*, p. 40.

magnitud, esto es, grave.¹⁷ Por lo demás, también habría que verificar que el deudor no se ampare en alguna causal de justificación por la falta de cumplimiento;¹⁸ y también es exigible que el acreedor haya cumplido su prestación, pues en el caso de los contratos con prestaciones recíprocas es necesario llegar con las manos limpias antes de reclamar; en tal sentido, resulta evidente que quien incumplió (lo propio), no está legitimado para pedir la resolución por el incumplimiento (del otro).

Por lo tanto, y a título de resumen, *la resolución del vínculo contractual exige probar los siguientes presupuestos: incumplimiento, gravedad o especificidad,¹⁹ ausencia de justificación y cumplimiento propio (del acreedor).*

Pues bien, ¿y quién controla la legalidad de la resolución? ¿El acreedor? Es decir, una de las partes decide por sí y ante sí que ya se incumplió, que él ya no tiene interés en la ejecución de la prestación; que, además, el incumplimiento es grave y definitivo; y que, a su vez, su propia prestación ya fue ejecutada o ha prestado garantía. Es iluso pensar que eso ocurre; pero más iluso es que el registro apañe ese tipo de conductas a través de un asiento registral en el que se descoloca a un titular por la sola declaración (interesada y parcializada) del otro.

No obstante, vamos a suponer por un instante que «la resolución declarada por el mismo acreedor, a sola voluntad, es válida a nivel registral»; empero, *en tal situación, sería absolutamente imprescindible que el acreedor devuelva la prestación recibida, normalmente el precio.* Supongamos que se trata de una compraventa de bien inmueble, con la mitad del pre-

17 «Otras sentencias han hecho hincapié en que el incumplimiento que faculta para resolver ha de suponer la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato; o la frustración de las legítimas expectativas de las partes, de sus aspiraciones o del fin del contrato; o la quiebra de la finalidad económica del contrato; o la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o un interés atendible; o afectar al objeto principal del contrato; o ser de tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución»: CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona: Bosch, 2009, p. 21.

18 La resolución solo puede declararse cuando el incumplimiento es injustificado, lo que podría ocurrir, generalmente, por un hecho de la propia víctima, tal como la falta de cooperación del acreedor o la tolerancia de este al incumplimiento, tal como ocurre cuando su comportamiento da a entender que persiste su interés en proseguir la relación contractual. ROPPO, Vincenzo. *Ob. cit.*, p. 959.

19 Un muy importante sector doctrinal considera que en la cláusula resolutoria expresa no se requiere que el incumplimiento sea grave, sino *específico*, es decir, debe tratarse de la prestación determinada que las partes sujetaron al régimen de resolución extrajudicial. Se entiende, en este caso, que las partes han celebrado el negocio en el entendido que cierta prestación es esencial para ellas (*quaestio voluntatis*). SACCO, Rodolfo. «La resolución por incumplimiento». En LEÓN, Leysser (coordinador). *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: ARA Editores, 2003, p. 911.

cio cancelado y con cláusula resolutoria expresa. Si se resuelve el contrato, no solamente el comprador debe restituir el bien recibido, sino que el vendedor se encuentra obligado a devolver el precio. Pues bien, para el Tribunal Registral del Perú, el comprador pierde la propiedad del bien, se le retira de su posición registral, pero el vendedor nada restituye. ¿Qué clase de resolución es ésta? En el caso español la jurisprudencia exige que el vendedor previamente consigne judicialmente la integridad del precio, sin que valgan alegaciones de descuentos por indemnizaciones o cláusula penal, pues dichos temas no operan en forma automática ni el acreedor está facultado para liquidarlos a su arbitrio o discreción.²⁰

Téngase en cuenta que estamos en el ámbito del Derecho Privado, sujeto a relaciones de coordinación, y no ante mandos verticales de imposición, por lo que no existe razón alguna para que se confíe en la versión del acreedor, en desmedro del deudor. ¿O es que este último está pintado en la pared? Parece que un sector de nuestra doctrina sí lo está. No es posible creer en la versión de una de las partes del conflicto, y peor todavía si una inscripción da lugar a que opere la presunción de exactitud (artículo 2013 del CC). La causa (acto unilateral) no sustenta en forma suficiente la consecuencia (inscripción).

En el mundo del Derecho Civil la resolución extrajudicial sí opera, con la importante consecuencia de que el acreedor queda liberado de ejecutar su contraprestación y, por lo tanto, él mismo no incurre en incumplimiento. En caso de divergencia, por su parte, el juez se limita a constatar (sentencia de *accertamento*) la resolución negocial ya producida, y con ello ratifica la validez del mecanismo de tutela sustancial. Pero, en el ámbito registral, por sus especiales circunstancias, ya explicadas, no funciona sin sentencia o declaración del propio deudor. Lo contrario es validar la potencial arbitrariedad del acreedor y permitir la inscripción de títulos sin control de legalidad.

Becerra Sosaya argumenta que existen una serie de sentencias judiciales que admiten la resolución extrajudicial del contrato. No se ve cuál sea la incongruencia con nuestra tesis, pues lo lógico, precisamente, es que el Poder Judicial sea quien resuelva esos conflictos de derechos, y no el Registro Público. El primero puede revisar la legalidad de la actuación del acreedor y controlar que se han cumplido con los presupuestos que legitiman la actuación del poder resolutorio. ¿Cómo podría hacer lo mismo el segundo si sólo tiene la versión de uno y no la del otro? ¿Acaso se

20 «Ahora bien, junto a esta eficacia liberatoria existe una eficacia restitutoria de la resolución: como consecuencia de la resolución las partes vienen obligadas a restituirse las prestaciones que recibieron en virtud del contrato». CLEMENTE MEORO. *Ob. cit.*, pp. 41 y 42.

ha comprobado el incumplimiento, su gravedad, la ausencia de causal de justificación o el cumplimiento propio del acreedor?

9. EL MANIDO ARGUMENTO DE LA «SEGURIDAD DEL TRÁFICO»

También se dice que el legislador ha optado por la protección del acreedor, ya que ello representa «la seguridad del tráfico».²¹ *Nada más incorrecto.*

En primer lugar, los cuestionables conceptos (luego veremos la razón) de «seguridad estática» y «seguridad del tráfico» tienen como presupuesto que se logre la tutela de una situación de apariencia, normalmente notoria, frente a una situación jurídica real, normalmente oculta. Así ocurre con la denominada «adquisición a *non domino*» de bienes muebles (artículo 948 del CC), por la cual el verdadero propietario (situación real) pierde su titularidad frente al tercero que adquiere de buena fe, respecto de un sujeto que se hace pasar por *domino*, pero que tiene la posesión y entrega el bien (situación aparente).

Pues bien, ¿qué relación tiene la hipótesis del artículo 948 del CC con aquella de la resolución extrajudicial de contrato? La respuesta simple y contundente es que ninguna. En efecto, la doctrina de la apariencia busca proteger terceros; pero, si estamos en presencia de un conflicto entre las mismas partes contratantes respecto a la resolución del negocio; ¿quién es el tercero?

En segundo lugar, *no existen diferencias entre la seguridad estática y la dinámica*. Por la primera se protege al propietario estático y conformista; por la segunda se protege al adquirente dinámico y empresario. Es el caso del citado artículo 948 en donde el titular pierde el derecho, pues se considera preferible la posición jurídica del tercero. Sin embargo, esta explicación es un simple juego de palabras sin ningún contenido. El tercero, una vez que se convierte en propietario, nuevamente se encuentra sujeto al riesgo de que pierda su titularidad si se reproduce la hipótesis del artículo 948, esto es, si cede la posesión a un arrendatario, comodatario o depositario infiel. Es decir, la norma lo protege hoy, pero lo desprotege mañana. En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo termines perdiendo. Ningún tercer adquirente se conforma con sólo eso; también necesita y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo.²²

Por lo tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal

21 BECERRA SOSAYA. *Ob. cit.*, p. 39.

22 Una refutación contundente contra los engañosos conceptos de «seguridad dinámica» y «seguridad estática» puede verse en: GONZALES BARRÓN. *Ob. cit.*, pp. 29-36.

situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdesse que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por consiguiente, en ambas posiciones requiere de seguridad y justicia. Siendo así, *es necesario que el legislador mantenga un delicado equilibrio entre las posturas en controversia a fin de buscar la mejor solución según las circunstancias.*

10. CRÍTICA DEL EXTREMISMO QUE PRETENDE CONVERTIR EL REGISTRO EN «VERDAD OFICIAL»

Nuevamente dejamos en el uso de la palabra al contradictor: «Ciertamente, si como correlato de la lectura de la resolución, la función registral es tan limitada en su naturaleza, habría que repensar las cosas y restarle importancia a las inscripciones o tal vez descreer de la existencia de un reflejo fiel en el registro, de los derechos sustantivos que trafican en la esfera extrarregistral».²³ Aquí se sostiene que el registro es «fiel reflejo» de la realidad extrarregistral, como si ello fuera posible por mero decreto o porque la ley lo dice.²⁴ Esta postura se alinea con aquélla que cree en la existencia de una «verdad oficial».

Este «viejo Derecho Registral» (extremista y formalista) pretende cerrarse en la inscripción, y con ello adopta una cuestionable postura ideológica, en pro de los Bancos, empresas financieras, trasnacionales y todos aquellos a quienes sólo les interesa lucrar y recuperar su inversión en el me-

23 BECERRA SOSAYA. *Ob. cit.*, p. 37.

24 En la misma línea se encuentra quien sostiene que los datos físicos indicados en el registro gozan de la presunción de legitimación del artículo 2013 del CC. Así: «Nuestra normatividad se refiere al contenido de las inscripciones o asientos registrales, sin efectuar ninguna distinción entre derechos y características del bien (?), por lo que puede afirmarse que la presunción de exactitud comprende la totalidad de lo publicitado registralmente». GONZALES LOLI, Jorge Luis. *Comentarios. Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 66. Esa opinión es un despropósito, pues el registro no puede crear la realidad si esta no existe. La última palabra siempre la tiene la realidad material. ¿O acaso porque el registro dice que el predio tiene 1000 m² o cinco plantas, ello se puede reputar como verdad cuando la realidad física señala lo contrario? En suma, el registro no garantiza los datos físicos de la finca, y eso lo sostiene la mejor doctrina, tanto de origen español (MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Publicidad registral y datos de hecho*. Madrid: CRPME-Colección Magenta, 2000, p. 209), como la alemana (NUSSBAUM, Arthur. *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, traducción del alemán de Wenceslao Roces, pp. 12-13). Lo contrario implica creer que la ley puede cambiar los hechos. Por ejemplo, si mañana se publicara un decreto «eliminando la pobreza en el Perú» (ejemplo de Alfredo Bullard), ¿alguien pensaría que ya no hay pobres? Parece que en nuestro país algunos sí admiten que las normas producen un efecto mágico o taumatúrgico. Parece que algunos creen en tal decreto.

nor tiempo posible.²⁵ De allí nacen ideas, tales como que fuera del registro nada existe, no es válido o carece de relevancia jurídica. En cambio, «el que inscribe cuenta con una garantía absoluta de su derecho». Con este criterio el estudio del derecho debiera iniciarse y concluirse el mismo día, pues todos los conflictos de la vida debieran solucionarse con la frase: «primero en el registro, más poderoso en el derecho».

Es obvio que una concepción tan exagerada —que tiene otras facetas como la pretensión del «catastro perfecto»—²⁶ es falsa.

En efecto, nunca, en ningún sistema jurídico del mundo, se ha pretendido que el registro otorgue garantía absoluta e inmovible,

25 El extremismo admite que debe buscarse «dar muestras de estabilidad al inversionista nacional y extranjero». BECERRA SOSAYA, Marco. «La caducidad de hipotecas que garantizan obligaciones futuras o eventuales». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre, 2009, n.º 135, p. 311.

26 Un ejemplo de los errores por los que navega nuestra doctrina en materia de catastro se nota en el siguiente párrafo: «La función jurídica se presenta cuando el catastro suministra información relevante al Registro de Predios que coadyuve para una correcta identificación y descripción física del inmueble. De manera que el registro pueda confirmar la efectiva existencia física de los predios, determinar la ubicación inequívoca (sic) de los límites de los predios, y, por tanto, el alcance y los límites territoriales de los derechos de propiedad». PORTILLO FLORES, Angélica María. *El catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión*. Lima: Palestra Editores, Lima, 2009, p. 43.

La opinión citada demuestra grave confusión, pues jamás, ni antes ni ahora, será posible establecer una «ubicación inequívoca de los predios», pues ni siquiera los mismos ingenieros y arquitectos coinciden en sus propias mediciones; por lo demás, existen problemas de terrenos irregulares o montañosos que dificultan esa labor, amén de imperfecciones en los propios títulos de dominio que impiden conocer los límites precisos de los predios. Por lo tanto, la pretensión del «catastro perfecto» es un sueño dogmático —uno más— de los extremistas.

También debe criticarse la difundida opinión, igual en la cita, por la cual el catastro proporciona los datos físicos para que el registro los confirme. *Eso es falso* y por una sencilla razón: la delimitación de los predios no se determina por el catastro, que sólo es un censo posesorio de los límites de la riqueza territorial, sino por los títulos de dominio que son finalmente los que establecen la línea ideal que configura los predios. Es claro, pues, que una finca se determina por la cabida (área) y linderos que aparezcan en su título adquisitivo, y no por la línea del catastro que puede ser totalmente discordante con aquélla. Así pues, la propiedad puede tener ciertos límites que no existen para el catastro, ya que bien pudo ocurrir que un poseedor ocupe varias parcelas que ha acumulado de hecho, pero que en el censo territorial no aparecen, pues el catastro ve «el hecho» y el registro ve «el derecho», siendo que la preferencia lo tiene este último. Allí el catastro no sirve de nada, ni alimenta de información relevante al registro, en orden a la delimitación. En buena cuenta, el catastro es meramente referencial, y muy poco efectivo, respecto de los límites jurídicos de un predio (según el título adquisitivo), y su mayor utilidad está en proporcionar grandes planos que permitan, con errores y una relativa certeza, ubicar el terreno jurídico en el espacio físico y dificultar que se produzcan las superposiciones. Pero, ello, no puede llevar a pensar que el catastro sirva a la «ubicación inequívoca» de las fincas, salvo ingenuidad.

pues la realidad impone tomar en cuenta otras variables para llegar a una justa y armónica conciliación de intereses. *Por eso hoy, y desde siempre, se reconocen múltiples limitaciones a la actuación del registro, es decir, aspectos sobre los cuales no juega ningún rol.* Enumeremos algunos: mala fe del tercero, posesión, usucapión, error en las mediciones de las superficies, datos físicos de la finca, dominio público, demanio natural, derechos reales patentes o notorios, elementos de hecho discordantes con la publicidad, adquisiciones originarias, restricciones legales de la propiedad, dobles inmatriculaciones, entre muchos otros. En consecuencia, *el registro sólo puede otorgar una relativa seguridad*, pues nada ni nadie puede avanzar más allá de eso. Los extremistas siguen soñando, y lo seguirán haciendo, con el mito de la seguridad plena.

Por el contrario, nosotros sostenemos la necesidad de un «nuevo Derecho Registral», realista, que tome en cuenta las complejidades de la vida en relación, y no se cierre en las formas. Recordemos que el registro es, quíerese o no, un formalismo, por lo cual tiene todas las ventajas de tal (certeza, seguridad, fehaciencia), pero también tiene todos los inconvenientes de ceñirse a la etiqueta y abandonar el contenido (fraudes, engaños, apariencia, mala fe, injusticia).

Muchas veces se dice que el registro protege al diligente que inscribe y no al negligente que se mantiene en la clandestinidad. Pues bien, ésa es una forma de ver las cosas, a veces interesada con el fin de proteger a los inversionistas, a los poderosos, a las trasnacionales. Pero, existe otra perspectiva: ¡qué importa el diligente que inscribe, por ejemplo, si hace más de diez años no posee! Ante ello, cabe preguntarse, ¿qué es más relevante? Inscribir y guardar un título formal en el escritorio; o disfrutar de los bienes, producir, generar riqueza, mover la economía. Como dice Vallet de Goytisolo, se puede ser diligente en lo formal (registro), pero negligente en lo sustancial (usar y disfrutar de los bienes). Por lo tanto, hay que descartar el argumento facilista.

El «nuevo Derecho Registral» (realista), se enfoca en la complejidad del problema, asumiendo que el registro es un importante instrumento que otorga garantía relativa a los actos de transmisión y adquisición de bienes, pero que puede ser sobrepasado por otros valores que el ordenamiento considere preferibles.

La siguiente opinión pone las aguas en su nivel: «Hablar, por tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá. En esta vida no hay nada que sea gratuito, y convertir lo que tradicionalmente se ha considerado como apariencia especialmente protegida en verdad oficial, no es otra

cosa que pretender, so pretexto de que toda la realidad está en el registro, que el registro sea la realidad. Y esto es, de entrada, una ficción; y si la puerta del registro la guarda alguien que no sea juez, es, además, una arbitrariedad».²⁷

La «verdad oficial» del registro implica negar la realidad, vivir en una ficción, volver al mundo platónico de las ideas; y eso en el Derecho conlleva deslegitimar cualquier orden jurídico. Nunca un sistema de normas puede asentarse en la sola apariencia o en la ficción sin contenido.

11. ¿QUÉ DICE EL DERECHO COMPARADO SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO?

Vamos a analizar el caso español, sólo como referencia, para confirmar la absoluta soledad de la postura de Becerra Sosaya. Así, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria considera que el aplazamiento del pago no produce efectos contra el tercero, salvo que se garantice con una hipoteca o una condición resolutoria. Esta última alude al poder resolutorio reservado a favor del vendedor,²⁸ y en donde la autotutela privada se funda en una convención celebrada por las partes. La inscripción de la *lex commissoria* (resolución contractual por decisión del acreedor), se encuentra permitida por una norma con rango de ley.

Sin embargo, no basta la permisividad legal, que en el caso peruano no existe para el ámbito registral, sino que además la jurisprudencia registral española ha ideado otras exigencias en defensa del comprador:

- i. Acta notarial, que consta de las siguientes partes: a) comunicación notarial del acreedor al deudor, informándole del incumplimiento producido; b) falta de oposición del deudor, quien en el término de dos días no se manifestó contrario a la resolución; c) el notario constata la falta de oposición y cierra el acta.
- ii. Consignación del precio que realizará el vendedor a favor del acreedor, con lo cual devuelve la prestación que había recibido. No es

27 LÓPEZ BURNIOL, Juan José. *Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*. En www.vlex.com/vid/238440, p. 39.

28 Pau Pedrón dice que la posibilidad de resolver el contrato no constituye una condición resolutoria, sino una facultad de resolución, ya que el hecho determinante de la resolución no es una circunstancia futura e incierta, sino el incumplimiento de la obligación del comprador, lo que determina la ruptura del equilibrio contractual; Cít. TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Joaquín. «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad». En VV.AA. *La evolución del Derecho Inmobiliario Registral en los últimos cincuenta años*. Madrid: CRPME, 1997, pp. 384-385. Ésta es, actualmente, la doctrina dominante.

dable que el acreedor se impute dicho precio, total o parcialmente, a título de cláusula penal, ya que siempre cabe que el juez la reduzca o incluso que no lo considere pertinente si el incumplimiento no fuese imputable.²⁹

Esta jurisprudencia pretoriana, pero totalmente razonable de la Dirección General de los Registros y del Notariado debe suscribirse plenamente. Así dice:

Como institución encuadrada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria [...], el Registro no puede dar cabida a situaciones jurídicas discutidas. Ante el enfrentamiento de las partes debe abstenerse, y esperar a la decisión judicial. La solución contraria que se ha propuesto [...], de llevar a cabo la reinscripción en caso de oposición del comprador, y combinar esa reinscripción — discutida — con una reserva de puesto a favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el comprador, no se adecúa a nuestro sistema registral, en el que sólo cabe la inscripción (en sentido estricto) de relaciones jurídicas constituidas *inter volentes*, y de anotación de demandas judiciales. A estos criterios generales se adapta, sin embargo, la solución contraria: el mantenimiento de la inscripción a favor del comprador, y la anotación de la demanda interpuesta por el vendedor.³⁰

En el caso peruano, y al revés de lo que ocurre en España, ni siquiera existe la ley permisiva, sin embargo, sí se autoriza la inscripción de las resoluciones automáticas con total liberalidad y sin ningún condicionamiento a la oposición del deudor o a la consignación del precio ya pagado. Hoy por hoy, y en forma ilegal e inmoral, se admite la *reinscripción del derecho del transmitente* en mérito de una declaración resolutoria unilateral y del inserto de la comunicación notarial dirigida al comprador. Este criterio — como dice Pau — es anómalo, porque el Registro actúa en relaciones jurídicas *inter volentes* (convenidas por las partes) o por decisión judicial, pero no en el caso de relaciones discutidas o dudosas.

Se sostiene que no cabe comparar el caso español con el peruano por la «diferencia de régimen normativo».³¹ *Falso*. El Código Civil de España

29 Con grandes detalles sobre la historia de esta cláusula, las distintas doctrinas expuestas, y las corrientes jurisprudenciales sobre este interesante tema, se puede consultar el estudio citado. *Ibidem*, pp. 383 y ss.

30 PAU PEDRÓN, Antonio. «Facultad resolutoria y publicidad registral». En: *La publicidad registral*. CRPME, Madrid, 2001, pp. 501-502. Se trata, sin dudas, de una excelente definición del maestro español con respecto a la naturaleza de la función registral aplicada a la *lex commisoria*.

31 BECERRA SOSAYA. «Transferencia de propiedad por resolución unilateral no requiere declaración de las partes o decisión judicial». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, mayo 2010, n.º 140, p. 40: «Ésa es la mirada y la opción legislativa de una solución jurídica (la peruana) distinta a la española».

permite la resolución extrajudicial por decisión unilateral del vendedor en caso de incumplimiento en el pago del precio (artículo 1504 del CC), lo que guarda analogía con la resolución extrajudicial por cláusula expresa que, en términos más amplios, regula nuestro Código (artículo 1430). En consecuencia, tanto en uno como otro sistema jurídico, se reconoce dicha modalidad de resolución, y las diferencias de detalle de ambos ordenamientos no impiden que advirtamos la igualdad de sustancia.

La comparación jurídica, y eso ya se ha dicho hace tiempo por la mejor doctrina, se hace por «problemas comunes» y no por identidad de normas, salvo que Becerra Sosaya pretenda que los enunciados normativos sean exactamente iguales en todos los sistemas legales para permitir la comparación. *Un grave error.*

Por lo tanto, y en el caso peruano, es claro que la inscripción de la resolución unilateral no reúne las más mínimas garantías de seriedad que el caso amerita y que el Derecho comparado exige, tales como la posibilidad de que el adquirente se oponga en un plazo perentorio constatado por el notario a través de acta (y no, mediante una simple carta notarial de requerimiento), y aun cuando ello no ocurra — la oposición —, se le imponga al acreedor la preceptiva consignación judicial del precio recibido.

El Tribunal Registral peruano no exige nada de ello, por lo que se deja totalmente desamparado al adquirente. En la doctrina española, ni siquiera los más radicales defensores del automatismo registral de la *lex commissoria* podrían siquiera soñar con un despojo tan violento como el que se avala con las resoluciones del Tribunal Registral. Y no se diga que el tema del «precio» es un asunto meramente obligacional que al Registro no le interesa, pues en este caso no estamos revisando la naturaleza (real o personal) de la resolución, sino su legalidad; y ello supone también la restitución recíproca. No existe nada más asimétrico, e injusto, que velar por la seguridad de una de las partes de la relación, sin hacer lo propio con la otra, a la que se deja en clara desprotección.

12. ¿TIENE ALGO QUE VER EN ESTE TEMA EL TRACTO SUCESIVO? EL LLAMADO «RULETEO» DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

Se ha opinado que la declaración unilateral de resolución extrajudicial no debe ser inscribible por defecto del tracto sucesivo.³² La verdad es

32 «En el caso de la resolución de pleno derecho por incumplimiento contractual, en el título registral debe participar el titular del bien afectado»: AVENDAÑO ARANA, Francisco. «Confusión resolutoria. A propósito de los efectos registrales de las resoluciones contractuales». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Ob. cit., n.º 140, p. 34.

que dicha opinión es *injustificada* porque no necesariamente debe participar el titular registral mediante una declaración, pues bien podría ocurrir por efecto de una sentencia sin que cuente tal voluntad favorable.

La resolución extrajudicial de contrato no tiene por naturaleza la esencia de un hecho jurídico voluntario («resuelvo si quiero»), sino que consiste en un remedio de tutela sustancial frente a un incumplimiento; es cierto que tiene un presupuesto de acto de voluntad, pero no es suficiente («declaro resolver siempre y cuando se cumplan los requisitos de la figura»). Por lo tanto, no tratándose de un hecho estrictamente voluntario, entonces no juega el tracto, sino la verificación de la legalidad del acto, cuya competencia corresponde al Poder Judicial, y que obviamente puede ser sustituido por una declaración de la parte afectada, en este caso el deudor.

Por el *principio de tracto sucesivo*, la inscripción de un título requiere que conste previamente inscrito o anotado el derecho del transmitente (artículo 2015 del CC). Es decir, la compraventa entre «A» (vendedor) y «B» (comprador) solo se inscribe si previamente aparece inscrito el derecho de «A» como propietario, de lo que se infiere que las sucesivas transmisiones requieren estar debidamente concatenadas entre sí, y no puede haber vacíos en la cadena de transferencias. El debido orden de la cadena sólo puede mantenerse con el principio del tracto sucesivo impuesto sobre la hoja registral de cada inmueble. Por consiguiente, el sistema del folio real se encuentra íntimamente vinculado con el tracto sucesivo, y prácticamente puede decirse que estos principios no pueden vivir separados. La gran ventaja de los sistemas de folio real es que «ofertan al público un solo propietario por cada finca»³³ y, en consecuencia, cualquier tercero que pretenda ser reconocido como nuevo propietario del inmueble debe contar con un título traslativo de dominio *otorgado por el titular registral* (o decisión judicial sustitutiva).

En consecuencia, la adquisición no otorgada por el titular registral es simplemente rechazada. Esta vinculación de rasgos característicos de un sistema registral (folio real-tracto sucesivo) permite que la hoja abierta para cada inmueble contenga el historial jurídico completo y ordenado de las sucesivas transferencias que afectan al bien y, en este sentido, se trata de una materia que repercute en la totalidad del sistema.

La doctrina alemana señala que el tracto sucesivo tiene como finalidad clarificar la historia de los asuntos, ya que este principio se yergue

33 Excelente frase de CELESTINO PARDO que cita: GARCÍA GARCÍA, José Manuel. «La finca como base del sistema inmobiliario». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944*. Madrid: CRPME, 1995, p. 269.

como un «requisito» de la inscripción y, en consecuencia, su naturaleza es meramente formal. De esta manera el tracto no se constituye en un requisito sustantivo para el ejercicio del poder dispositivo, sino únicamente en un requisito formal para que el acto pueda inscribirse. En buena cuenta, el ejercicio del poder de disposición es independiente a que el enajenante tenga o no inscrito su título adquisitivo. Esta concepción formal del tracto sucesivo busca simplemente una colocación ordenada de los actos en la respectiva hoja registral, logrando la necesaria conexión o enlace de transferente y adquirente, de causante y sucesor. De esta manera, todos los actos referidos a una finca determinada se inscriben por orden sucesivo, de tal suerte que uno deriva del otro, sin solución de continuidad.³⁴

Las ventajas del tracto sucesivo son muchas, pero en ningún caso creemos que se trate de un principio sustantivo, pues la eficacia de la transmisión descansa en el Derecho Civil, y no necesariamente en lo que digan los asientos registrales. Entre las ventajas formales que ofrece el tracto está aquélla que permite «ofertar un solo propietario», cerrando el Registro a cualquier inscripción mientras el último titular registral no preste su consentimiento o sea vencido en juicio. Ello representa una indudable garantía para los inscribientes. El tracto sucesivo permite que en todo momento esté completa la sucesión de titulares y, por ende, se comprueba sin lagunas el historial de la finca.³⁵ Así se facilita enormemente el conocimiento exacto de la situación jurídica y de los sucesivos titulares de la propiedad, o de otros derechos reales. Se trata de «clarificar» los asientos, eliminando uno de los inconvenientes más característicos de los primitivos registros de títulos, cual es, la dificultad de investigar la cadena ordenada de transmisiones (que no es otra cosa que el tracto sucesivo).

Pues bien, ¿qué relación tiene el tracto sucesivo con la resolución extrajudicial del contrato, tal como lo sostiene Avendaño Arana? La respuesta es simple: *ninguna*. Si tenemos un negocio jurídico inscrito y éste se declara ineficaz en forma sobrevenida por incumplimiento, entonces la inscripción se cae sola. No puede mantenerse el asiento de inscripción si es que el negocio que contiene simplemente se deshace.

El problema no es el tracto sucesivo, sino que la resolución de contrato no está comprobada de manera fehaciente por autoridad judicial o reconocida por el deudor. Entonces, en ese tema no existe un problema de tracto sucesivo, sino de título fehaciente (que impide inscribir la resolución) y de legitimación (que impide desalojar de su posición jurídica

34 ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch, 1954, tomo I, pp. 797-800.

35 LACRUZ BERDEJO, José Luis y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. *Derecho Inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 57.

al propietario). Nótese que una vez obtenida la sentencia la resolución contractual se inscribe naturalmente; y ello no se debe a que ahora sí se cumpla el «tracto sucesivo», sino a que recién se cuenta con un hecho jurídico comprobado y cierto.

Este debate pone sobre el tapete un tema de mayor calado: el llamado «ruleteo» de los principios registrales. Así pues, un sector considerable de nuestra doctrina simplemente desconoce el ámbito concreto y delimitado de cada uno de los principios, y por eso los aplica a discreción, por «sentido común» o por «intuición». Por eso vemos autores que rechazan la inscripción de la resolución unilateral por «obra y gracia» del tracto sucesivo; asimismo, se conocen sentencias que, por reforzar su argumentación, utilizan todos los principios registrales sin orden ni concierto. Existe la errada convicción de que mientras más normas invoquemos en un dictamen jurídico o en una sentencia, entonces el razonamiento es más sólido.

13. NO ES LO MISMO LA CLÁUSULA RESOLUTORIA QUE UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA O RESOLUTORIA

Si las cláusulas resolutorias no se inscriben, las condiciones suspensivas o resolutorias añadidas a los actos o negocios jurídicos sí pueden inscribirse. Por lo tanto, las condiciones no se consideran simples cláusulas obligacionales, sino de consecuencia jurídico-real, lo que se justifica por cuanto la condición pone en suspenso la eficacia del negocio, no su validez, y con ello la pretendida modificación jurídico-real. En otras palabras, el efecto total del negocio queda supeditado a un hecho futuro e incierto convenido por las partes; es decir, alguien se obliga «siempre y cuando ocurra un hecho». Siendo ello así, esta circunstancia intrínseca del acto se refleja en la eficacia de la atribución patrimonial y en el derecho real. Si bien la condición se establece en el negocio, empero, lo que condiciona propiamente son sus efectos.³⁶ Por eso se dice que:

Hoy es generalmente admitido que la voluntad misma no está condicionada en el negocio jurídico condicional. [...] se dice, en general, que en el negocio jurídico condicional el supuesto de hecho del negocio ya se da por completo y sólo los efectos jurídicos están condicionados. Según esto también el negocio jurídico condicional es ya perfecto como negocio. [...] Así, ha de seguirse la opinión dominante de que el negocio jurídico condicional se perfecciona, es existente, al cumplirse el supuesto de hecho legal del tipo negocial afectado, y que sólo la eficacia de la reglamentación negocial está condicionada.³⁷

36 ROCA SASTRE. *Ob. cit.*, tomo I, pp. 263-264.

37 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción del alemán de José María Miquel Gon-

Esta opinión sirve para ratificar la apreciación de que el derecho real se encuentra delimitado por la «condición» voluntariamente requerida por las partes y reconocida por el ordenamiento jurídico. El inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil considera inscribible «el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados». La norma habla del cumplimiento de las condiciones, pero no alude a la inscripción de las condiciones al momento de su estipulación en el negocio primigenio. La razón se encuentra, probablemente, en la doctrina arriba citada, por la cual se admite la íntima conexión jurídica entre negocio y condición, perdiendo esta última –si cabe el término– su individualidad jurídica, pues la conmixción de ambas constituye un entramado negocial único. En tal sentido, no sería necesario «inscribir la condición» en forma autónoma, es decir, en un asiento separado o distinto, pues basta inscribir el «acto o negocio condicionado» como unidad contextual, lo que está presupuesto en el artículo 15-b del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en cuanto establece que el asiento registral correspondiente al derecho transmitido puede contener, en él mismo, la condición.

El artículo 2019 del Código Civil no hace mención a los tipos de condiciones que incluye, aunque la utilización genérica del término hace suponer que se refiere a las condiciones suspensivas y resolutorias. La Exposición de Motivos ratifica esta impresión.³⁸ La condición hace depender de un hecho futuro e incierto la plena producción (condición suspensiva) o la cesación (condición resolutoria) de los efectos jurídicos del negocio, o de una cláusula determinada.

Con respecto a la condición suspensiva debe señalarse que su acceso al Registro está supeditado a su trascendencia real, esto es, cuando el cumplimiento de la condición hace operar automáticamente la modificación jurídico-real con efectos retroactivos hasta el día de celebración del negocio condicional. *Esta retroactividad tiene como finalidad impedir que las mutaciones sobrevenidas en el estado de cosas contemplado al momento de la conclusión del contrato, dificulten o hagan imposible la previsión establecida para el supuesto en que se cumpla la condición.*³⁹ Esta razonable doctrina se encuentra amparada por la retroactividad de la condición suspensiva cumplida, lo que es admitido

zález y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 805-807.

38 COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Exposición Oficial de Motivos del Código Civil de 1984-Registros Públicos*. Separata especial publicada en el Diario Oficial el día 19 de noviembre de 1990, p. 19.

39 ARIJA SOUTULLO, Carmen. *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*. Granada: Comares, 2000, pp. 33-34.

por muchos ordenamientos nacionales. Es el caso de los Códigos Civiles de Francia, Italia, Portugal, Argentina, entre los más importantes.

En cambio, el Código peruano de 1984 presenta un obstáculo formidable a esta doctrina, en la medida que acoge la no retroactividad de la condición cumplida, salvo pacto en contrario (artículo 177). Veremos con un ejemplo la diferencia entre una y otra posibilidad: «A» vende bajo condición suspensiva a «B» un inmueble. Si la propiedad continúa perteneciendo al vendedor «A», no hay problemas de ninguna clase. Pero si «A» vende a «C» por medio de un contrato puro estando en pendencia la condición de «B», ¿qué efectos tiene el contrato condicionado? Si el cumplimiento de la condición tiene eficacia retroactiva, este hecho hace que «B» adquiera desde la conclusión del contrato y, en consecuencia, «C» adquiere de un *non-domino*. En cambio, si el cumplimiento de la condición es irretroactivo —como en el Código peruano—, «B» tiene un contrato eficaz sólo desde el cumplimiento de la condición, siendo que a esa fecha «C» ya gozaba de la propiedad por transferencia (pura) derivada del propietario «A». Siendo ello así, es «B» quien adquiere de un *non-domino*, y su pretensión deberá ser satisfecha sólo a través de un resarcimiento.

La diferencia entre una y otra solución es notable y, sin lugar a dudas, el caso peruano no ayuda a que la inscripción del negocio condicionado tenga preferencia frente a un negocio posterior, si éste es puro. La solución, en nuestra opinión, se encuentra en considerar que la condición con eficacia no retroactiva no es inscribible por tratarse de un pacto meramente obligatorio que no afecta a un tercer adquirente posterior con derecho puro; y, por lo tanto, el registrador deberá exigir que los negocios sujetos a condiciones suspensivas vengan aparejados con el «pacto de retroactividad», ya que sólo así la condición suspensiva contará con eficacia real o *erga omnes*.

Por su parte, en los negocios sujetos a condición resolutoria, el Registro también publica la existencia de dos titularidades, pues se inscribe el derecho del adquirente, o sea un derecho pleno y actual, si bien afecto a la contingencia de la condición resolutoria; y, asimismo, aparece registrado el derecho condicional o la expectativa que tiene el transferente.⁴⁰ Mientras se halle en pendencia la condición, el adquirente o titular actual podrá disponer libremente de la cosa, pero sujeto a la condición resolutoria, que para estos efectos actúa como si fuese un gravamen persecutorio de los terceros adquirentes. Sin embargo, y por las razones ya anotadas respecto al artículo 177 del CC, el registrador deberá exigir que solamente se inscriban las condiciones resolutorias en las que se haya pactado la retroactividad.

40 ROCA SASTRE. *Ob. cit.*, tomo I, p. 272.

14. UN PROBLEMA SERIO EN LA PRÁCTICA: NO SE SABE DIFERENCIAR ENTRE LA «CLÁUSULA RESOLUTORIA» Y LA «CONDICIÓN RESOLUTORIA»

Ahora bien, se ha dicho que una determinada sentencia de la Corte Superior confunde la «resolución de contrato» con la «condición resolutoria».⁴¹ Si bien dicho autor diferencia correctamente ambas figuras a nivel teórico, sin embargo, su lamentable confusión empieza cuando debe aplicar la teoría a la práctica; es decir, no se acierta a dilucidar una determinada situación concreta.

Aclaremos el tema con un ejemplo: supongamos que se celebra un contrato de compraventa entre «X» (vendedor) e «Y» (comprador), encontrándose inscrita una hipoteca a favor del Banco «B». Siendo así, las partes estipulan una cláusula por la cual el inicio de la ejecución judicial de la hipoteca conlleva la resolución del contrato.

¿Ese pacto es «cláusula resolutoria expresa» o «condición resolutoria»? Se ha sostenido que es condición resolutoria, pues se trata de un hecho futuro e incierto, ya que el inicio de la ejecución depende de un tercero, el Banco.⁴² *Esta opinión es errada*, pues la ejecución de la hipoteca es simplemente una consecuencia del *incumplimiento del vendedor* por la falta de pago de un préstamo que grava al bien por medio de la garantía real. Téngase en cuenta que *el vendedor está obligado a transmitir la propiedad del bien sin defectos físicos y sin vicios jurídicos*. El artículo 1509 del CC señala con toda claridad que hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, gravámenes o limitaciones respecto del bien transferido.

Por ello, no puede tratarse de una «condición» un hecho que no es incierto, pues el pago del préstamo depende exclusivamente del deudor, y constituye una de sus obligaciones contractuales en cuanto debe sanear el bien de los gravámenes jurídicos que lo afecten (artículo 1509 del CC). En tal sentido, el incumplimiento del vendedor respecto de su indudable deber jurídico de saneamiento, es lo que en realidad activa la resolución del contrato, pues ella se produce cuando no se realiza la limpieza de la citada afectación.

En consecuencia, el incumplimiento del deudor de una de las prestaciones a su cargo, no tipifica como condición resolutoria, ya que ésta debe ser neutra, ajena y extraña a las partes. Por el contrario, si se trata de una situación dependiente del deudor (pago de la deuda), que constituye parte de su obligación contractual de saneamiento, entonces no estamos

41 AVENDAÑO ARANA. *Ob. cit.*, pp. 30-31.

42 *Ibidem*, p. 30.

en presencia de un pacto añadido o agregado al negocio jurídico, como son las condiciones, sino frente a una de las prestaciones naturales que conforman la estructura del contrato.

Imaginemos lo antitécnico que resultaría decir que en la compraventa se ha pactado que el pago del precio es una «condición resolutoria», por lo tanto, si no se cancela entonces se produce la «condición y se resuelve el negocio. ¿Acaso se trata de un hecho incierto para el deudor? ¿Acaso puede decirse que es una modalidad del negocio jurídico, es decir, un pacto distinto que se añade a la configuración de la compraventa? La respuesta es negativa, ya que el pago del precio es uno de los deberes contractuales y nada se gana diseñándolo como una «condición». Pues bien, la misma incongruencia se encuentra presente cuando se dice que «la obligación de saneamiento del vendedor es una condición». *En realidad, se trata de una obligación sujeta al régimen de la resolución por incumplimiento.*

La mejor doctrina proclama esta solución: «Incluso cuando la condición implica una actividad de la parte, es conceptualmente clara su distinción con la prestación contractual: la prestación es actividad debida por la parte, materia de su obligación y del correspondiente crédito de la contraparte; en cambio, la condición no obliga a la parte al comportamiento en ella deducida».⁴³ El tema queda, así, suficientemente aclarado.

15. CONCLUSIONES

La resolución unilateral de contrato es una figura propia del Derecho Civil, pues permite que el acreedor deshaga una relación jurídica disfuncional por el incumplimiento de una de las partes. *A efectos civiles tiene una gran importancia*, pues, desde la fecha de la comunicación notarial, o del plazo otorgado por la intimación, se produce la finalización del vínculo y resulta, en tal sentido, válida la negativa del acreedor a ejecutar su recíproco deber de prestación, con la consiguiente liberación.

Ahora bien, la actuación del acreedor está sujeta a que se cumplan los presupuestos que conforman esta figura: incumplimiento, gravedad o especialidad, ausencia de justificación y cumplimiento propio.

El acreedor puede comprobar la existencia de dichos presupuestos, a efectos civiles, y siempre con carácter provisional e impugnabile por el deudor no conforme. En tal sentido, la palabra del acreedor no es prueba suficiente para dar por acreditada la resolución del contrato, sin más trámite. El Registro, en forma paradójica, sí le da ese valor. Y decimos en forma paradójica porque el criterio registral no acepta sentencias en las que

43 ROPPO, Vincenzo. *Ob. cit.*, p. 619.

no se ha emplazado al titular inscrito; pero en este caso permite que dicho titular sea desalojado violentamente sin haber sido escuchado o sin tomar en cuenta su oposición, a pesar de que se trata de un título emanado de un particular, y no de órgano judicial. Existe, pues, una clara incoherencia valorativa en esa dualidad de soluciones.

El Registro no puede inscribir actos o negocios dudosos o claudicantes, pues ello sería contrario al fin de seguridad jurídica que pretende. En este contexto, debe recordarse que el Derecho Civil y el Derecho Registral tienen una lógica diferente y ello puede alterar las instituciones que uno reconoce y que el otro aplica. Ejemplo, un contrato en documento privado puede ser civilmente válido, pero no es inscribible. La misma situación se presenta con la resolución unilateral del contrato.

En efecto, la resolución extrajudicial de contrato emanada de declaración unilateral del acreedor no puede inscribirse, pues carece de un título fehaciente (artículo 2010 del CC); además, expulsa del registro a un propietario inscrito con violación del principio de legitimación (artículo 2013 del CC).

En este tema, por su parte, el tracto sucesivo no tiene incidencia, pues éste sólo aplica en los actos de voluntad de transmisión y adquisición. La resolución no es un hecho jurídico voluntario, sino una situación jurídica que requiere un presupuesto de voluntad, lo que es distinto.

Por último, hay que diferenciar con nitidez la «cláusula resolutoria expresa» y la «condición resolutoria». La primera tiene vinculación con las obligaciones que asumen las partes y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución. Por el contrario, la segunda es un hecho futuro e incierto, ajeno y extraño a las partes. Una obligación de las partes nunca se tipifica como condición ni suspensiva ni resolutoria, ya que no configura un hecho extraño al negocio jurídico, y más bien su cumplimiento depende del deudor. Por lo tanto, el deber jurídico del vendedor respecto al saneamiento de los gravámenes que pesan sobre el bien, constituye una típica obligación suya, y por tal motivo, no se trata de una condición resolutoria, sino de una obligación cuyo incumplimiento puede ocasionar la resolución del contrato.

Los recursos naturales y los derechos reales

Roger Vidal Ramos* **

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Bienes ambientales.* – 3. *Los recursos naturales.* – 4. *Intervención del Estado sobre los recursos naturales.* – 5. *Títulos de intervención sobre los recursos naturales.* – 6. *El dominio eminencial sobre los recursos naturales.* – 7. *Los recursos naturales como Patrimonio de la Nación.* – 8. *Sentencias del Tribunal Constitucional sobre los recursos naturales.* – 9. *Los Decretos Legislativos n.ºs 1015, 1064 y 1090.* – 10. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales constituyen para el Perú, la principal fuente generadora de divisas y uno de los principales motores de la economía peruana. Sin embargo, paralela-

* A Emely y en memoria de Solferin.

** Miembro del Estudio Vidal, Melendres & Palomino Abogados. Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Universidad de Huánuco y Universidad César Vallejo-Sede Lima. Es Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

mente representa una fuente generadora de diversos conflictos ambientales, en diversas zonas del país, debido en gran parte, a la falta de información sobre las formas de acceso y aprovechamiento de los derechos sobre los recursos naturales.

En muchas ocasiones, resulta difícil poder entender, en esencia, el contenido de la pertenencia o titularidad de los derechos sobre los recursos naturales, desde las nociones del mal llamado derecho de propiedad sobre los recursos naturales por parte de la comunidades campesinas o nativas, e incluso del mismo Estado, incurriendo en errores debido a que el estado tiene un dominio eminencial sobre los recursos naturales, en virtud del cual se le permite ejercitar algunos de los atributos del derecho de propiedad, sin ser propietario debido a que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación, cuya titularidad es de dominio público.

Cada vez que el gobierno de turno pretende modificar los sistemas de acceso a los recursos naturales o la titularidad sobre los recursos naturales existen grandes enfrentamientos entre los cuales destacan las posiciones opuestas por considerar que todos tienen derechos primordiales y exclusivos sobre los recursos naturales, cabe destacar la frustrada iniciativa del gobierno al buscar modificar el régimen de las Propiedades de las Comunidades Campesinas y los tristemente célebres Decreto Legislativos n.ºs 1015, 1064 y 1090 que traen a colación los penosos y violentos hechos de Bagua, que fueron el punto final para una iniciativa del gobierno de pretender modificar el actual régimen legal de los recursos naturales.

2. BIENES AMBIENTALES

La economía ambiental, en gran magnitud se basa en torno a los principios de la teoría económica neoclásica,¹ que concentra el análisis sobre la escasez de recursos naturales, y donde los bienes son valorados según su abundancia-rareza, de tal manera que cuando se trata de bienes escasos, éstos son considerados bienes económicos, mientras que cuando son bienes abundantes, no son económicos.

El medio ambiente adquirió el *status* de bien económico porque muchos recursos naturales, como el agua y algunas fuentes de energía no renovables, comienzan a escasear y presentan horizontes de agotamiento

1 La economía ambiental se constituye como disciplina en los años setenta, como una respuesta de los economistas neoclásicos a la problemática ambiental contemporánea. Esta disciplina se basa en las teorías de la internalización de las externalidades de Pigou (1920) y Coase (1960), ambos de la escuela neoclásica.

previsibles.² Al mismo tiempo, estos bienes naturales, aun cuando sean insumos indispensables del proceso productivo, presentan características de bienes no económicos, por no poseer precio, ni dueño, y por estar en el dominio público del Estado.

Es aquí donde surge la necesidad del Estado de regular y legislar el otorgamiento de derechos reales sobre los recursos naturales, en algunas oportunidades es fundamental la regulación debido a que los privados gozan del beneficio de un recurso abundante y de acceso gratuito que es mal aprovechado. Tenemos el más claro ejemplo: el agua.

El Estado peruano estableció un marco legislativo denominado la nueva Ley de Aguas, debido a su problemática en cuanto a su aprovechamiento y otorgamiento a terceros.

Por esta razón, el medio ambiente se encuentra externo al mercado. La incorporación del medio ambiente al mercado se daría mediante el procedimiento de internalización de esas *externalidades*, adjudicándoles un precio. Por eso, la economía ambiental se ocupa principalmente de la valoración monetaria del medio ambiente.

Los bienes públicos serían normas, servicios y bienes a los que todos los ciudadanos de un territorio tienen igual derecho a beneficiarse —u obligación de cumplir— y se pagan (normalmente) con tributos y los bienes privados son aquéllos sobre los que se adquiere un derecho exclusivo en el momento en que se paga el respectivo precio (y hay costos marginales en su provisión).

Una vez internalizado, el medio ambiente pasa a tener las características de un bien económico, o sea, pasa a tener precio y/o derecho de propiedad.

El profesor Richar Espstein³ dentro de la teoría de reglas simples, considera que el derecho de propiedad privada debe de estar excluido de los recursos comunes, cuyos costos de exclusión son mayores que los costos de coordinación, como en el caso del agua, con lo cual podríamos afirmar que es necesario que el Estado pueda regular y asumir ciertos costos sobre bienes comunes que son vitales para la persistencia de la sociedad.

¿Qué sucede cuando los privados desaprovechan o perjudican estos bienes comunes? ¿Qué problemas ocasionan la contaminación de los ríos? Tal vez por ser un bien común es que todos asumen que tienen derecho a contaminar. Por esta razón, cuando el bien ambiental es superior y vital,

2 GILPIN, Alan. *Economía ambiental. Un análisis crítico*. México, D.F.: Editorial Alfaomega, 2008, 3.^a Ed., p. 15.

3 ESPTIN, Richard A. Reglas simples para un mundo complejo. *Ius Et Veritas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005, p. 295.

el Estado tiene que imponer regulaciones y conformar una autoridad que se encargue de administrar la entrega de estos recursos naturales.

El medio ambiente como bien susceptible de aprovechamiento económico o explotación tiene un valor. Este valor asignado por la economía ambiental se va a desglosar en el llamado valor de uso que puede ser directo o indirecto.

El más común es el valor de uso directo, como la caza, la pesca, el descanso, etc. El valor de uso indirecto es un valor que beneficia a los individuos sin que éstos tengan conciencia. La biosfera, por ejemplo, es un bien que nos asegura la condición de vida sobre la tierra, sin que muchos tengan conciencia de ello. Aun así, el valor de uso indirecto no deja de ser un concepto funcionalista, que supone que el bien trabaja en función de nosotros, para nuestra utilidad.

Al hacer la pregunta ¿cuándo el medio ambiente es un valor?, se plantea la cuestión de la temporalidad del valor. Los economistas neoclásicos llaman a eso *valor de opción*, que refiere a la posibilidad de que los individuos tienen de decidir usar el medio ambiente ahora, o más tarde. Cuando se reserva un bien natural para ser utilizado en el futuro, se llama *valor de casi-opción*.

La dimensión del tiempo nos lleva a la cuestión de la transmisión, o sea, ¿valor para quién? En este punto la teoría neoclásica se basa en individuos egoístas, que solamente piensan en sí, en los bienes para usufructo propio. Al incorporar el medio ambiente y, por tanto, la conservación de la utilidad a largo plazo, se pasa a incluir el *valor para quienes vinieran después*, para el usufructo de las futuras generaciones, de esta forma, preservando bienes ambientales que son escasos y costos de recuperar en la actualidad.

3. LOS RECURSOS NATURALES

Los recursos naturales tradicionalmente se encuentran divididos en renovables y no renovables. La Ley General del Ambiente n.º 28611, en su artículo 84, considera como recursos naturales «a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley», guardando coherencia con los principios de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN) y el régimen constitucional.

El Tribunal Constitucional brinda importantes alcances sobre los recursos naturales en reiteradas sentencias.

Entre una de ellas tenemos:

STC n.º 0048-2004-PI. «Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar».

Según lo expresado en los párrafos anteriores, se precisa que el Estado se encarga de promover la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y que los mismos son patrimonio exclusivo de la nación y que sólo se permite su aprovechamiento mediante mecanismos y procedimientos fijados por Ley Orgánica, con la finalidad de otorgar sus derechos sobre los frutos y productos a los que soliciten los derechos y/o concesiones respectivas.

Mediante las concesiones el Estado otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse, configurándose con ello un derecho real a favor del titular de la concesión.

4. INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

El Estado mediante sus organismos administrativos, se encarga de llevar a cabo las diferentes convocatorias para ofertar y permitir el acceso de los recursos naturales a las personas jurídicas o naturales, para lo cual se encuentran implementados los diferentes mecanismos legales fijados por leyes especiales, propios de la naturaleza jurídica del recurso natural solicitado.

Es así que la Ley General del Ambiente⁴ impone que el Estado promueve la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de políticas, normas, instrumentos y acciones de desarrollo, así como, mediante el otorgamiento de derechos, conforme a los límites y principios expresados por Ley y en las demás leyes y normas reglamentarias aplicables.

La figura más conocida se representa en la Concesión, mediante la cual el Estado, a su discreción, otorga a los particulares determinados derechos, para que puedan ejercer ciertas actividades tendientes al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, previo cumplimiento de trámites

4 Artículo 85 Ley General del Ambiente n.º 28611.

y procedimientos preestablecidos y sujetos a la observación de ciertas reglas y al cumplimiento de condiciones resolutorias, tendientes a la conservación y preservación de los recursos naturales y a impedir la desnaturalización de su destino y del fin que determinó su afectación.⁵

5. TÍTULOS DE INTERVENCIÓN SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

La Ley General del Ambiente, en su artículo 88, define los diversos regímenes de aprovechamiento sobre los recursos naturales tomando como lineamiento principal que únicamente por ley orgánica se definen los alcances y limitaciones de los recursos de libre acceso y el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, teniendo en cuenta, en particular:

- El sector o sectores del Estado responsables de la gestión de dicho recurso, los cuales se dividen en los Ministerios que tendría competencia sobre las diferentes gestiones de otorgamiento de los recursos naturales.
- Las modalidades de otorgamiento de los derechos sobre los recursos, según el tipo de recurso natural la modalidades son distintas, para un recurso mineral la modalidad será la concesión y el recurso agua será otorgado los derechos mediante la licencia o el permiso.
- Los alcances, condiciones y naturaleza jurídica de los derechos que se otorga.- bajo estas condiciones el estado determina cuales serán los alcances y condiciones del derecho otorgado, como podría representar la contraprestación por el derecho de explotación y la obligación de cumplir con los mecanismos de gestión ambiental y la normativa ambiental de acuerdo al tipo de recurso natural que se accede.⁶

5 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Recursos naturales». En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 920.

6 Véanse los artículos 88.2 y 88.3 de Ley General del Ambiente:
 88.2 El otorgamiento de derechos de aprovechamiento a particulares se realiza de acuerdo a las leyes especiales de cada recurso y supone el cumplimiento previo por parte del Estado de todas las condiciones y presupuestos establecidos en la ley.
 88.3 Son características y condiciones intrínsecas a los derechos de aprovechamiento sostenible, y como tales deben ser respetadas en las leyes especiales: *a.* Utilización del recurso de acuerdo al título otorgado. *b.* Cumplimiento de las obligaciones técnicas y legales respecto del recurso otorgado. *c.* Cumplimiento de los planes de manejo o similares, de las evaluaciones de impacto ambiental, evaluaciones de riesgo ambiental u otra establecida para cada recurso natural. *d.* Cumplir con la retribución económica, pago de derecho de vigencia y toda otra obligación económica establecida.

El Estado implementa bajo qué parámetros se fijan los derechos, deberes y responsabilidades de los titulares de los derechos, así como las medidas de promoción, control y sanción administrativa que correspondan.

6. EL DOMINIO EMINENCIAL SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

En nuestro sistema de acceso a los recursos naturales se tendrá como premisa que el Estado ejerce el *dominio eminencial* sobre todos los recursos naturales. En virtud de esta prerrogativa, se podría otorgar los derechos a los privados mediante las distintas figuras fijadas por ley orgánica. Pero, es necesario poder comprender el verdadero significado del denominado *dominio eminencial*.

El doctor Jorge Avendaño,⁷ ha señalado claramente que el derecho del Estado sobre los recursos naturales, denominado «dominio eminencial» faculta al Estado a delegar ciertos derechos a los particulares pero no a desprenderse del dominio. Es decir, puede conceder algunas facultades a los particulares, por ejemplo, permitirles la explotación de los recursos, pero siempre mantiene un dominio latente.

Esto es expresamente reconocido en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales de 1997 y explica por qué sobre los recursos naturales el Estado otorga derechos tales como concesión, permiso, autorización y licencia que en ningún caso implican un desprendimiento del dominio latente.

La Constitución de 1993, al calificar la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, se acerca con mayor propiedad a la definición del *dominio eminente*, que las definiciones imprecisas contenidas en los textos constitucionales precedentes.

A partir del dominio eminente, el Estado puede normar el otorgamiento de los recursos naturales a empresas o entes autárquicos del propio Estado, tales como las empresas estatales de derecho privado, empresas de economía mixta y organismos públicos descentralizados o de acentuar el discernimiento del aprovechamiento de tales recursos por los particulares, como es la tendencia presente.⁸

Independientemente de su clasificación, todos los recursos naturales se encuentran sometidos a la soberanía permanente, este precepto busca resal-

7 AVENDAÑO, Jorge. www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/.../4.1.7.htm

8 LASTRES, Enrique. «Los recursos naturales en la constitución vigente». En *Ius et Veritas*. editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n.º 9, año V, p. 140.

tar el dominio eminente del Estado, esto es, la capacidad jurisdiccional para administrar, legislar y resolver las controversias que puedan suscitarse en torno al mejor aprovechamiento de los recursos naturales.⁹

Consideramos, que el artículo 66 de la Constitución, al calificar a los recursos naturales como « Patrimonio de la Nación» y precisar que el Estado es soberano en su aprovechamiento, expresa el dominio eminencial del Estado, por cuanto el Estado regula el aprovechamiento mediante las modalidades fijadas por ley, en la cual se fijan las condiciones de utilización para su otorgamiento a los particulares. La Constitución establece que sobre los recursos naturales se establece la concesión que otorga un derecho real.¹⁰ Dentro del aprovechamiento o usufructo de los recursos naturales, el Estado mantiene el dominio eminencial sobre los recursos naturales, comprendido como la facultad exclusiva y excluyente que tiene el Estado en su máxima expresión jurídico-política; en ser el soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Es bajo su imperio que se establecen los derechos de uso y disfrute frente a los privados.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar, fiscalizar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

La LOASRN,¹¹ prescribe que los recursos naturales mantenidos en su fuente primigenia son Patrimonio de la Nación, y que los frutos y productos de los recursos naturales corresponden a sus titulares autorizados por las leyes especiales de otorgamiento de recursos naturales.

La Ley de Recursos Hídricos,¹² con la misma técnica legislativa consti-

9 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Recursos naturales». En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 919.

10 Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales.
Artículo 19.- «Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares».

11 Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.
Artículo 4.- «Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos».

12 Artículo 2.- «Dominio y uso público sobre el agua.- El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración sólo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

tucional precisa que el agua como recurso, constituye Patrimonio de la Nación, y que el Estado tiene el dominio sobre su otorgamiento a privados, precisando que no existe propiedad privada sobre el agua. Ante esto podemos indicar que por tratarse de un recurso por excelencia vital, el Estado precisa que ejerce su dominio sobre este recurso y excluye cualquier forma de derecho de propiedad, otorgando sólo sus derechos de uso de agua mediante la licencia de uso, permiso de uso y autorización de uso de agua.

En Tribunal Constitucional manifiesta que el artículo 66 de la Constitución provee que los recursos naturales, *in totum*, son Patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento sostenible. Los recursos naturales renovables y no renovables son Patrimonio de la Nación, ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe porque su goce es exclusivo y particular.

7. LOS RECURSOS NATURALES COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN

Es importante resaltar que la Constitución indica que los recursos naturales constituyen el Patrimonio de la Nación, mas no indica que el Estado tiene el derecho de propiedad sobre los recursos naturales.

Recurriremos al Tribunal Constitucional para ubicar una mejor definición:

STC n.º 00003-2006-AI. «Que los recursos naturales, *in totum*, sean Patrimonio de la Nación, implica que su explotación en ningún caso puede ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la nación en su conjunto, por lo que queda proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos. Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico-política de la nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66 de la Constitución), significa que es bajo su *ius imperium* y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce. Así pues, los recursos naturales en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano

La LOASRN indica que el alcance del dominio sobre los recursos naturales precisando que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. El Estado y los recursos naturales».

del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66 constitucional, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes especiales. [...]».

Los titulares del derecho de aprovechamiento de recursos naturales no tienen el derecho de propiedad sobre el recurso natural en su fuente, lo que tienen es el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, que consiste en el derecho de uso y disfrute del recurso natural y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. El dominio sobre los recursos naturales que ostentan los titulares del derecho recae sobre el bien extraído y no sobre el recurso situado en su fuente.

Ahora bien, como ya se ha señalado, incluso el derecho de propiedad sobre el recurso extraído debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley. Esto 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. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del Patrimonio Nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de equidad en la distribución de la riqueza.

Existe un reconocimiento constitucional de los recursos naturales como Patrimonio de la Nación, el cual obliga al Estado a establecer condiciones para su aprovechamiento sostenible, en beneficio de la nación. Los retos son, entonces, convertir estas condiciones en exigibles; definir los procedimientos para sancionar a los infractores y contar con mecanismos jurídicos para privar al particular que no cumple con estas condiciones.

El sistema, además, debe asegurar la mayor equidad en la distribución de beneficios que la actividad genere. Es justamente en aras de esto que en muchos países latinoamericanos y del mundo, se ha optado por la figura del dominio eminencial del Estado sobre los recursos naturales en su fuente, otorgándose derechos de propiedad sobre los frutos obtenidos como resultado de un título o derecho legítimamente otorgado.

La propiedad privada tiene límites: los que se imponen por razón de interés público y seguridad nacional. Incluso el Tribunal Constitucional ha empezado a reconocer, como lo hace la Constitución Colombiana, que a la propiedad le corresponde una función ecológica.

Todo lo expresado en los párrafos precedentes, concuerda con el artículo 14¹³ de la Ley General del Ambiente, por el cual el derecho de propiedad tiene que ser ejercido conforme a las limitaciones que se establecen para proteger el medio ambiente. En buena cuenta, ninguna actividad empresarial o extractiva podría desarrollarse en el ejercicio abusivo o perjudicial al medio ambiente y los derechos que le conforman.

8. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

Es fundamental poder conocer los alcances que brinda el Tribunal Constitucional sobre los recursos naturales, las concesiones, el Patrimonio de la Nación, y libertad de empresa.

A continuación, resaltaremos los puntos más relevantes:

- STC n.º 0048-2004-PI. Debido a su carácter excepcional, el ámbito material reservado para las leyes orgánicas no puede entenderse en términos amplios o extensivos, sino de manera especialmente restrictiva. La regla de la aplicación no extensiva de las normas que establecen excepciones está prescrita, además, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. El artículo 66 de la Carta Fundamental, reserva a la ley orgánica la fijación de las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales, renovables o no renovables. A juicio del Tribunal, la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica, se ha efectuado en la Ley n.º 26821 –Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales–, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales), norma que se encuentra vigente y que no ha sido impugnada.
- *Libertad de Empresa y Libre Iniciativa Privada en relación al Aprovechamiento de los Recursos Naturales.*

STC n.º 0048-2004-PI. En la medida de que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca

13 Artículo 6. - «De las limitaciones al ejercicio de derechos.- El ejercicio de los derechos de propiedad y a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente».

con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. [...] Estos principios se concretizan en una política de Estado orientada a conseguir una mejor calidad de vida para la población, cuyo contenido excluya criterios residuales o de conveniencia coyuntural que sólo acarreen desarrollos legislativos inorgánicos, en consonancia con lo establecido por el artículo 67 de la Constitución. Además, exige que los poderes públicos controlen el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, como doctrinariamente se enuncia, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia. No obstante, un límite constitucional a esta política nacional del ambiente es el reconocimiento de la libertad de empresa consagrada en el artículo 59 de la Constitución, derecho fundamental que no se encuentra en conflicto con la regulación estatal de la materia, sino que se realiza a través de ella.

- *Régimen de la Concesión. Naturaleza (1) STC 0048-2004-PI.* La concesión administrativa tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público. La contraprestación por este acto administrativo es el denominado pago del derecho de vigencia del título que contiene el derecho otorgado en virtud de la concesión, previsto en el artículo 20 de la Ley n.º 26821. Empero, si la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable. Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga, como es la protección del medio ambiente. Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado no cede su *ius imperium*, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de asegurarla.

- STC n.º 0048-2004-PI. De acuerdo a lo expuesto en los fundamentos precedentes, el Estado no sólo conserva los poderes de vigilancia y control, que implican no sólo velar por el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por los titulares de las concesiones mineras, enunciadas en el Capítulo I, Título VI del Decreto Supremo n.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sino también establecer las condiciones de la utilización de los recursos naturales. Por ello, el particular se encuentra subordinado al desarrollo legislativo y reglamentario que realice la Administración a la luz de la Constitución y atendiendo a razones superiores de interés general. [...] La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público. La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables.

9. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N.ºS 1015, 1064 Y 1090

La Implementación del TLC con los Estados Unidos de América, trajo consigo la modificación de importantes cuerpos legales de nuestro país, y consigo la pretendida voluntad de modificar los regímenes de propiedad de las comunidades campesinas y nativas, existió desde el inicio una oposición férrea a estas iniciativas legislativas, pero en esta oportunidad nos limitaremos a señalar en forma breve algunas de las principales inconsistencias durante la breve vigencia de los Decretos Legislativos n.ºs 1015, 1064 y 1090:

- Decreto Legislativo n.º 1064, modificaba la normatividad que permitía la realización de actividades mineras en el país, al *haber dejado sin efecto el requisito del acuerdo previo*, afectando a los propietarios rurales. La comunidad ya no podía negociar con las empresas sobre el valor que ella le otorgue a su propiedad, debiendo acatar lo que el Estado le imponga vía tasación como indemnización por la imposición de la servidumbre minera.
- El Decreto Legislativo n.º 1015,¹⁴ debilitaba la protección constitu-

14 Artículo 10.- «Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán

cional a las comunidades campesinas y nativas, al suprimir las garantías de quórum y mayorías calificadas para la toma de decisiones trascendentales sobre las tierras. Fue inconstitucional al haber vulnerado el derecho fundamental a la consulta de las comunidades campesinas y nativas, componente a la vez, de su derecho fundamental a la participación y a su identidad cultural.

- El Decreto Legislativo n.º 1090, resalta respecto a su inconstitucionalidad por no haberse consultado con las comunidades indígenas tal como lo exige el Convenio n.º 169 de la OIT del cual el Perú es signatario.

A criterio del doctor Manuel Pulgar Vidal, señala que existe una excepción en el propio tratamiento constitucional: los derechos sobre el suelo, es lo que el derecho de propiedad es expresamente reconocido. Esta excepción explica la trampa que inicialmente incorporaron los Decretos Legislativos n.ºs 1090 y 1064 que regulaban la materia forestal y la tierra agraria, respectivamente.

En el texto original del 1090 se retiró del Patrimonio Forestal a la tierra de aptitud forestal productiva y se la trasladó al tratamiento de tierra agraria, lo que permitiría dar derechos de propiedad sobre bosques supuestamente deforestados: ¡la desconfianza de los grupos indígenas tenía mucho sustento!¹⁵

10. CONCLUSIONES

El Patrimonio de la Nación está constituido por bienes sobre los cuales el derecho de propiedad de los particulares está sujeto a una am-

regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos constitucionales y la presente ley.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

a) Para la adquisición en propiedad por parte de posesionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros posesionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual posesionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.

b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente».

15 PULGAR VIDAL, Manuel. «Descifrando el Ministerio del Capital». En: *Bajo la Lupa* n.º 21. www.bajolalupa.net

plia gama de limitaciones que van desde la prohibición de la existencia de tal derecho hasta la restricción al ejercicio de determinada cualidad del derecho propiedad. Éste es el caso de los bienes integrantes del patrimonio natural y cultural de la nación. Frente a éstos no existe un derecho de propiedad absoluto e ilimitado, por el contrario, existe un sistema de restricciones, limitaciones y prohibiciones a tal derecho, sobre la base de su función social y los intereses colectivos de la nación.

Por lo tanto, no debemos olvidar, pues, que el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley; y comprender que la razón de tales limitaciones y restricciones se sustenta en la necesidad de proteger dichos bienes (recursos naturales, áreas naturales protegidas, patrimonio cultural) que son Patrimonio de la Nación, ya que como señala el Tribunal Constitucional, éstos son considerados indispensables y necesarios para la existencia misma de la nación peruana.

La Constitución, la Ley General del Ambiente, la Ley de Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y las leyes especiales sobre los recursos naturales, son unánimes en indicar que se otorgan los derechos reales únicamente por Ley Orgánica.

El dominio eminencial del Estado sobre los recursos naturales es el principal límite a los posibles excesos de los privados al momento de solicitar los derechos sobre los recursos naturales o al momento de su exploración y explotación.

En todo otorgamiento de derechos de recursos naturales el Estado exige una contraprestación por el mantenimiento del derecho, como lo es en la actividad minera, que existe la contraprestación o el pago del concesionario denominado el *derecho de vigencia*, por mantener la concesión minera. En este sentido, el Estado obliga al concesionario a trabajar la concesión, con la finalidad de generar actividad económica que genere dinamismo económico.

Un común denominador entre la relación de las compañías extractivas y las comunidades nativas y campesinas, se representa en los innumerables conflictos ambientales que se presentan en todo el territorio, muchos de los problemas con estas actividades se deben: a la superposición de derechos,¹⁶ falta de un diálogo directo y la incorporación de las necesi-

16 VIDAL RAMOS, Roger. «Las áreas naturales protegidas y las actividades en hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera». En *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 22, 2009, p. 347. Inevitablemente todo conflicto ambiental y superposición de derechos sobre recursos naturales sólo genera falta de seguridad jurídica, no sólo de las empresas como las de hidrocarburos, que reclaman frente a lo que consideran un clima de inestabilidad, sino que esto se extiende a otras actividades, por ejemplo,

dades y expectativas de las comunidades al proyecto extractivo. Muchos son los casos en que los conflictos ambientales se acrecientan.

Como antecedente previo, es necesario que las empresas extractivas tengan el respaldo de las comunidades para el desarrollo de sus operaciones. Debe existir un *consentimiento previo informado o licencia social*.

Es fundamental alcanzar el desarrollo y permitir la explotación de recursos naturales en coherencia con el sistema constitucional de los recursos naturales y en aplicación del sistema de normas ambientales. De seguir persistiendo en promocionar o legislar normas que tengan por fin modificar los actuales sistemas de derechos sobre los recursos naturales, sin duda, representarán conflictos sociales como el sucedido en el llamado «Baguazo».

Consideramos que la iniciativa del Legislativo mediante la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u originarios, reconocida en el Convenio n.º 169 de la OIT, podría coadyuvar al encontrar el *consentimiento previo informado o licencia social*, que representa el requisito esencial previo al inicio de toda actividad extractiva. La propuesta de la Ley de Consulta, pretende regular el derecho de consulta y la finalidad de que mediante la consulta se permita obtener la licencia social y generar una simetría entre las actividades extractivas, el desarrollo sostenible y la participación ciudadana de las comunidades campesinas y nativas.

Debemos de persistir en el optimismo de alcanzar un desarrollo sostenible con una correcta y provechosa asignación de derechos sobre los recursos naturales donde el Estado, la iniciativa privada y las comunidades afectadas, puedan obtener realmente beneficios reales por los recursos naturales que por naturaleza jurídica y dominio eminencial constituyen el Patrimonio de la Nación.

concesionarios mineros o madereros, de conservación o de ecoturismo que ven amenazada su inversión por el otorgamiento de derechos superpuestos a los suyos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones frente al Estado.

Autonomía privada y cláusulas vejatorias en el Código Civil

Daniel Ugarte Mostajo*

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Autonomía privada y contrato.* – 2.1. *Origen de la Autonomía Privada: Teorías racionalista y normativista.* – 2.2. *Origen de la Autonomía Privada: Teoría iusnaturalista-realista.* – 3. *Las cláusulas vejatorias en el Código Civil.* – 3.1. *Contratos predispuestos.* – 3.2. *Cláusulas vejatorias en el Código Civil.* – 3.3. *Carácter de la lista del artículo 1398: posibilidad de aplicación analógica.* – 3.4. *Las cláusulas vejatorias son inválidas: ¿nulas o anulables?* – 4. *La justicia en el contrato y cláusulas vejatorias.*

1. INTRODUCCIÓN

El desaparecido profesor de la Universidad de La Sapienza (Roma), Sergio Cotta, empezaba su conocida obra titulada *¿Qué es el Derecho?*, con las siguientes palabras:

En la célebre comedia de Molière, *El burgués gentilhomme*, Jourdain, el protagonista, un nuevo rico ignorante e ingenuamente ambicioso, estafado por astutos *sablistas*, pronuncia feliz y orgulloso una frase que se ha hecho proverbial: «¡Hacía prosa sin saberlo!». Pues bien, con respecto al derecho, muchas personas [...] se encuentran en la misma situación que Jourdain respecto a la prosa: viven en el ám-

* Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

bito del derecho, actúan jurídicamente sin saberlo o, al menos, sin pensar en ello.¹

Si bien de esta forma el profesor de la Universidad de Roma daba cuenta del carácter indudablemente humano del Derecho y de su pertenencia al mundo de los hombres aun cuando estos no siempre sean conscientes de ello; sirviéndonos de esas mismas palabras, podemos afirmar que, incluso dentro de los especialistas de las diferentes ramas del Derecho en el sistema continental, existe un discurso habitualmente oculto que explica y justifica al explícito, y que está cargado de nociones *iusfilosóficas* o de teoría general. Así, como el personaje de Molière que hablaba en prosa sin saberlo, los juristas de las distintas especialidades —y también los civilistas— hablan de filosofía jurídica aunque muchas veces la desprecien o lo ignoren.

Este evidente desconocimiento o desprecio de los fundamentos *iusfilosóficos* que no pocas veces encontramos en el discurso del jurista, es, sin lugar a dudas, consecuencia del paradigma que imperó casi pacíficamente en la enseñanza y la práctica del derecho durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX dentro del sistema jurídico continental. Este modelo al que podemos calificar como «dogmático» y que está constituido básicamente por las escuelas de la exégesis francesa, el historicismo alemán, y en el siglo pasado por la figura señera de Kelsen, enarboló —en palabras del profesor Rodolfo L. Vigo— un concepto de derecho «estrictamente positivista, normativista-legalista y juridicista»,² donde «el Derecho era la norma, mejor aún: simplemente la ley, donde sólo el Poder Legislativo contaba con capacidad jurídica para crear derecho y donde los problemas jurídicos y las consiguientes soluciones eran establecidas monopólicamente por el legislador, mientras que a los juristas se les exigía una actitud dogmática frente al derecho legislado».³

Es fácil advertir que bajo este esquema o modelo «dogmático», no tiene sentido y hasta puede resultar risible cualquier referencia a la idea de justicia o a los fundamentos últimos de las instituciones jurídicas. Afortunadamente, después de la Segunda Guerra Mundial empezó a reivindicarse para el jurista una manera de razonar o de saber que se vinculaba,

1 COTTA, Sergio. *¿Qué es el Derecho?* Madrid: Ediciones Rialp, 2000, 3.ª Ed., p. 9.

2 *Positivista* toda vez que conforme a este modelo no había otro derecho que el positivo; *normativista-legalista* porque el Derecho era creado por el legislador con la forma de normas legales (leyes), y *juridicista* ya que el derecho se explicaba y comprendía sólo desde el derecho, desechando el jurista las impurezas irracionales y anticientíficas de naturaleza política, ética o axiológica.

3 VIGO, Rodolfo. *La interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 15.

por distintas vías, con la «vieja» razón práctica de la que habló Aristóteles, y que implicaba rechazar la visión reductiva de la razón que apoyó el positivismo jurídico. En este sentido, señala Atienza que «en los últimos años no solamente no se ha producido la muerte de la filosofía preconizada hacia finales de los sesenta por diversas tendencias del pensamiento, sino que hemos asistido a un verdadero auge de los estudios filosóficos y quizá, sobre todo, de los que estaban más cuestionados (metafísica — u ontología — y la ética). Igualmente oportuno es recordar el testimonio de Dworkin desde Oxford, quien además de rechazar a los juristas nominalistas, reclama para la filosofía no un «papel secundario» sino ser «el nervio» de la reflexión sobre el derecho».⁴

Esta breve introducción, y si se quiere, apología de la Filosofía de Derecho, obedece al hecho de que, en nuestra opinión, el tema de las *cláusulas abusivas o vejatorias* no puede ser abordado sin hacer referencia a cuestiones fundamentales, tales como el origen de la autonomía privada, el fundamento de la fuerza vinculante — u obligatoriedad — del contrato y la justicia en la contratación, aspectos éstos que serán brevemente tratados a lo largo del presente trabajo; sin perjuicio de enfocarnos en el análisis del tratamiento que las cláusulas abusivas o vejatorias han recibido en nuestro Código Civil.

2. AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTRATO

2.1. Origen de la autonomía privada. Teorías racionalista y normativista

Es cuestión pacífica que el concepto moderno de contrato, entendido como todo acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; junto con el principio consensualista (*solus consensus obligat*) y la fuerza vinculatoria del contrato; recogidos — en ese orden — en los artículos 1351, 1352 y 1361, primer párrafo, del Código Civil peruano de 1984,⁵ responden a una concepción individualista y liberal propia del siglo XIX, concepción que, como sabemos, inspiró al Código Civil francés de 1804 (en adelante, Código Napoleón) y de allí se extendió a la gran mayoría de legislaciones, incluidas las de los países latinoamericanos.

4 Ambos, Atienza y Dworkin, citados por VIGO, en *La interpretación jurídica...*, p. 40.

5 Código Civil peruano.

Artículo 1351. - «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

Artículo 1352. - «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

Artículo 1361. - «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos».

Sobre ese punto, nos informa Díez-Picazo⁶ que los autores del Código Napoléon (entre los que destacan Domat y Pothier) elaboraron el concepto moderno de contrato como consecuencia de dos factores fundamentales: (i) la confluencia de diversas corrientes de pensamiento, destacando la doctrina del Derecho Canónico que otorgó un valor fundamental al consenso y estableció la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación, así como la Escuela del Derecho Natural Racionalista⁷ nacida en los siglos XVII y XVIII, que proclamó la libertad individual y la autonomía de la voluntad, y (ii) la consideración de las necesidades prácticas del tráfico mercantil, que llevaron a suprimir las trabas que significaron las formas solemnes que caracterizaron al contrato en el Derecho Romano.

Considerando lo anterior, se ha afirmado con razón que el artículo 1.134 del Código Napoléon, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho, «es quizá

6 Cfr. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, volumen primero, pp. 120-121.

7 Como explica el profesor argentino Jorge Portela, desde una perspectiva filosófica, el «racionalismo» hace alusión a aquellas corrientes de pensamiento que ven en la razón el supremo principio explicativo del conocimiento. La razón, emancipada de toda tutela y de toda dirección, lee por sí misma la Naturaleza, escrita en lenguaje matemático, según Galileo. Lo racional, lo abstracto, la *mathesis* universal, abren las puertas al mundo cartesiano de las «ideas claras y distintas». Hay una matemática de la política y una matemática del derecho, en la que reina la razón. Por lo demás, en este sistema *iusnaturalista*, la especulación deja de ser puro desinterés en la búsqueda de la verdad, para transformarse en afán utilitario y político. Se nota, pues, intereses políticos o utilitarios creados por la mente — por la propia razón — del que las dicta, y, por lo tanto, sin ninguna referencia en el orden objetivo de la realidad o en la tendencia intrínseca del movimiento. Ello lleva de la mano a que el sentido de la palabra «derecho» se separe de su objeto concreto — lo justo —, para vincularse con la norma abstracta que lo regula. Se comienza a perfilar el derecho en el sentido moderno del término: las normas que lo determinan o la ciencia que estudia esas normas. Por consiguiente, la ciencia del derecho no tiene por objeto las realidades concretas de la justicia, sino las normas. Cabe señalar, asimismo, que el método de esta ciencia será eminentemente deductivo, y no podría ser de otra manera si la escuela del derecho natural racionalista tiene como modelo el método matemático. Con estas premisas deductivas, todo buen racionalista siente nacer en sí la firme convicción de poder componer el código perfecto, definitivo, eterno, válido para toda la humanidad. Esta ingenua presunción creció tanto, que los últimos racionalistas nos legaron ciertos códigos de derecho natural, tan voluminosos, tan indigestos, tan abstractos, que estaban condenados anticipadamente a una eficacia inversamente proporcional a su volumen. Del alma de los filósofos, esta tendencia a la codificación pasó a la de los políticos y a la de juristas, y con este pasaje se hizo aun más modesta, sin perder en nada su audacia. Nacieron así los primeros grandes códigos europeos; el prusiano de 1794, y después el francés — napoleónico — en 1804; ambos animados por un cierto orgullo de haber nacido de la pura razón y de ser el espejo fiel del derecho natural. Cfr. PORTELA, Jorge- *La justicia y el derecho natural*. Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2006, pp. 135-142.

la mejor lograda expresión del liberalismo y de la fuerza del principio de la autonomía de la voluntad».⁸

En este escenario, la autonomía privada —entendida como el poder que tienen los particulares para autorregular sus intereses—, aplicada al contrato, se manifestó en dos aspectos: (i) la libertad de contratar (o de conclusión del contrato), es decir, la libertad de decidir si se contrata o no y con quien se contrata, y (ii) la libertad contractual (o de configuración interna), entendida como la libertad para determinar libremente el contenido el contrato.

Estas dos libertades, en su máxima expresión y teniendo como único límite al «principio de licitud» (normas imperativas, orden público y buenas costumbres),⁹ dieron lugar a lo que se conoce —dentro de una orientación individualista y racionalista— como el Dogma de la Autonomía de la Voluntad, conforme al cual la voluntad es «todopoderosa» y, en consecuencia, suficiente para crear, por sí sola, los efectos jurídicos deseados por los sujetos. Bajo este esquema, se llegó a afirmar que *decir contrato es decir justo*, considerando que los acuerdos libremente asumidos no podrían en modo alguno ser injustos, pues el sujeto, al actuar con plena autonomía de voluntad, difícilmente asumiría compromisos contrarios a sus propios derechos e intereses.

Sin embargo, como señala De la Puente, «el principio de la autonomía privada contractual, aplicado sin traba alguna, pronto empezó a encontrar en sí mismo su propio germen de destrucción. La libertad jurídica, al verse enfrentada a una desigualdad económica, provocó el abuso en la contratación [y] pronto comprendió el Estado que no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones».¹⁰

Así, frente a los excesos y riesgos de la concepción individualista y racionalista de la autonomía de la voluntad, surge la teoría normativa del negocio jurídico, siendo desarrollada en el siglo pasado por el profesor de la Universidad de Bolonia Luigi Ferri, para quien «la autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino un poder conferido

8 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 26.

9 En este sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 establece que: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres»; mientras que el artículo 1354 del mismo Código prescribe que «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

10 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 27.

por el Estado, es decir, por el ordenamiento, el cual puede someterlo, por lo tanto, a cargas y límites de naturaleza formal y sustancial».¹¹

Como el mismo profesor de Bolonia pone de manifiesto, su concepción sobre el *origen* de la autonomía privada encuentra sus bases en el pensamiento positivista de la escuela vienesa, y, en particular, en Kelsen, para quien el fundamento de un acto normativo —como sería el negocio jurídico— se debe buscar siempre en una norma superior del ordenamiento al cual pertenece dicho acto normativo.

En efecto, para el positivismo jurídico representado por Kelsen, toda norma jurídica —incluida la norma jurídica negocial, producto de la autonomía privada— encuentra su fundamento y validez en una norma jurídica superior; pero ante dicha afirmación y ante la imposibilidad de proceder hasta el infinito, surge la necesidad de reconocer la existencia de una norma válida en sí misma, es decir, que no esté fundada en ninguna otra norma y no sea impuesta con un acto normativo. A esta norma, válida en sí misma, Kelsen la denominará «norma fundamental», que no es la Constitución Política que contiene normas impuestas, sino una «norma hipotética» que sería el fundamento de todo el ordenamiento positivo.

Parece claro que las ideas de Kelsen seguidas por Luigi Ferri para explicar el origen de la autonomía privada, carecen de un fundamento sólido. En efecto, si sostenemos con el profesor de Bolonia que la autonomía privada y, en consecuencia, las normas jurídicas negociales encuentran su fundamento último en una norma jurídica superior del mismo ordenamiento jurídico, tendríamos que afirmar, por ejemplo, que el fundamento de la autonomía privada y de las normas jurídicas negociales, estaría en la Ley (norma jurídica superior a la norma jurídica negocial), pero a su vez, tendríamos que remitirnos también a la norma superior que sirve de fundamento a esa Ley, que en nuestro caso sería la Constitución Política, y para encontrar el fundamento de la Constitución Política tendríamos que remitirnos, por último, a aquella «norma fundamental» que no forma parte del ordenamiento positivo, que el mismo Kelsen califica de «norma hipotética» y que nadie sabe exactamente en qué consiste, pero que según Kelsen, seguido por Ferri, sirve nada menos que de sustento de todo el ordenamiento jurídico, y en consecuencia, de la fuerza vinculante —u obligatoriedad— del contrato.

Esta concepción «juridicista» que pretende explicar y comprender el origen de la autonomía de la voluntad sólo desde el ordenamiento jurídico positivo y peor aún desde una nebulosa (norma hipo-

11 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Editorial Grijley, 2004, p. LIII.

tética fundamental), termina identificando al Derecho con la ley y más aún al Derecho con el Estado. A pesar de ello, debemos reconocer que la concepción normativista es la predominante en nuestro medio, a tal punto que una voz autorizada¹² ha llegado a sostener que «la primera parte del artículo 62 de la Constitución¹³ respalda la teoría normativista al establecer que los contratantes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato», ubicando de esta forma el origen y fundamento de la autonomía privada en la norma de más alto rango dentro del ordenamiento jurídico positivo.

Particularmente consideramos, que ni el *iusnaturalismo* racionalista ni la teoría normativa responden adecuadamente a la cuestión sobre el origen de la autonomía privada y, por consiguiente, de la fuerza obligatoria del contrato. Por el contrario, somos de la opinión que una posición ecléctica o sincrética —como la formulada por el profesor de la Universidad de París Jacques Ghestin,¹⁴ y mejor aún, como la planteada por los

12 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La libertad de contratar». En *Thémis*. Revista editada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, n.º 33, p. 8. En este trabajo el profesor De la Puente, luego de señalar que «de acuerdo a la teoría normativista, la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación de sus intereses, dentro de los causas que señala dicho ordenamiento», concluye categóricamente señalando lo siguiente: «personalmente considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó».

13 Constitución Política del Perú de 1993.

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. [...]».

14 GHESTIN, Jacques. *Les Obligations. Le Contrat*. L.G.D.J., París, 1980. Cit. por LÓPEZ SANTA MARIA, Jorge. *Los Contratos. parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986, pp. 198-200.

El profesor de París postula la primacía del Derecho objetivo sobre los derechos subjetivos, pero aclara que «dicha primacía no implica ni abandono de la noción de derecho subjetivo, ni desconocimiento de la dignidad de la persona humana». Por otro lado —conforme precisa el autor— «conviene recordar que el Derecho objetivo no se reduce a un conjunto de reglas positivas. Éstas han de servir de guía en la búsqueda de la *solución justa*, lo que constituye verdaderamente el Derecho objetivo. El juez tiene que obedecer a las reglas y especialmente a la ley, pero es preciso, también, que persiga la decisión justa, utilizando todos los elementos de la lógica jurídica. La conformidad del contrato al Derecho objetivo es, pues, conformidad suya tanto a la justicia como al Derecho positivo. En consecuencia, el principio fundamental que debe inspirar la interpretación y la orientación del Derecho positivo es, primeramente, el de la justicia».

promotores del resurgimiento del Derecho Natural Clásico —¹⁵ proporciona una respuesta más satisfactoria y acorde con la realidad de las cosas.

2.2. Origen de la autonomía privada: teoría iusnaturalista-realista (autonomía de la voluntad como poder originario, mas no soberano)

Así, desde la perspectiva contemporánea del Derecho Natural Clásico,¹⁶ y siguiendo básicamente a Javier Hervada,¹⁷ consideramos, ante todo, que la estructura jurídica de la sociedad no es producto exclusivo de la potestad pública, pues también contribuye a su conformación el poder

15 Como sostiene Portela, una de las claves de bóveda de la diferenciación del *iusnaturalismo* clásico con el *iusnaturalismo* racionalista, radica en que «en virtud de su realismo —refiriéndose al *iusnaturalismo* clásico—, el conocimiento tomista no se separaba jamás del mundo concreto; los primeros principios son sacados de lo real: su aplicación es necesariamente composición con la realidad concreta antes que deducción». Asimismo, en cuanto al resurgimiento actual del Derecho Natural, el mismo autor señala: «En el siglo XX nos encontramos no solamente ante una reactualización de los temas principales sobre los que versó el Derecho natural verdaderamente clásico, sino que —a través de esos estudios remozados—, ese mismo Derecho natural es una de las principales escuelas en las que se debaten las ideas jurídicas en el mundo contemporáneo. Sea que esta realidad incontrastable sea fruto de la *perpetuelle résurrection d'un cadáver qu'on ne se lasse pas de réenterrer*, como opinaba Batiffol, o que los juristas se dan cuenta de que el Derecho Positivo no puede pasarse sin principios directivos, lo cierto es que cuando ha querido intentarse la superación de un positivismo que durante siglo y medio ha dominado por completo en el campo de la ciencia jurídica y la política, se retorna a un Derecho Natural como Derecho «superior» o «supralegal», que reclaman la ciencia, la filosofía y la práctica jurídicas». Y concluye precisando que «El Derecho natural consiste en la inserción de la voluntad moral en el ordenamiento jurídico. Es un puente de unión entre lo moral y lo político. Y la moralidad no se puede cancelar del curso de la historia, porque el hombre mismo no podría concebirse sin un principio moral, que lo anima y que da sentido a su vida, lo que hace que el Derecho Natural, como sistema de relaciones entre derecho y moral, entre la ley positiva y la ley natural, no puede disolverse y desaparecer. Porque sería renunciar o quedar privado de un criterio de legitimidad ante la sola legalidad, o mejor ante el mero legalismo». PORTELA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 138-142.

16 El Derecho Natural Clásico o Realismo Jurídico Clásico, se caracteriza por entender al Derecho como *lo suyo*, *lo justo* o *la cosa justa*: la cosa atribuida a una persona y, por lo tanto, debida en justicia. La palabra «cosa» tiene aquí un sentido genérico; así, Derecho en sentido estricto puede ser una cosa material (*res corporales*) como una casa, un objeto de arte, etc., y puede ser una cosa inmaterial (*res incorporales*), como un cargo, un poder, una facultad, etc. En este orden de ideas, la justicia es la virtud de «dar a cada uno lo suyo» (es decir, *lo justo*, *la cosa justa*, *el derecho*) y, por lo tanto, se hará justicia cada vez que en un caso concreto se de a cada uno lo suyo, o sea, su derecho. A todo esto, el Jurista es aquél que está preparado para determinar, en cada caso concreto, lo justo y lo injusto.

17 HERVADA, Javier. *Cuatro Lecciones de Derecho Natural, Parte Especial*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1989, p. 88.

jurídico que compete a las personas —por su propia naturaleza— para ordenar su esfera jurídica privada, que, como se ha dicho, recibe el nombre de autonomía privada o autonomía de la voluntad y se manifiesta en negocios jurídicos, entre los que tiene especial significación el contrato.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que la autonomía privada es un poder originario de la persona —connatural a ella— y que, por ende, no le ha sido otorgado por el ordenamiento jurídico positivo, lo cual en modo alguno constituye un impedimento para que dicho ordenamiento, en estricto cumplimiento de su función reguladora, imponga límites a la autonomía privada de acuerdo a las necesidades de un tiempo y lugar histórico determinados.

En este mismo sentido, para el profesor de Navarra,¹⁸ «la autonomía privada no es un hecho sino un poder de naturaleza jurídica, lo cual quiere decir que los actos que son propios de ella no son simples supuestos de hecho a los que la ley otorga unos efectos jurídicos; la eficacia jurídica de los actos de la autonomía privada no es una eficacia causada por la ley, sino causada por esos actos». En tal sentido, es un *poder originario*, pero no *soberano*, esto es, está regulado por la ley.

Es un poder originario, dice Hervada, «porque cuando afirmamos que la persona es protagonista del orden jurídico, no se quiere decir solamente que el derecho existe en función de ella, sino también que (la persona) es capaz de autonormarse —en una esfera determinada— y de crear y extinguir situaciones jurídicas. No es esto una concesión del Derecho Positivo, sino una dimensión natural de la juridicidad inherente a la persona y propia de ella. Es una condición de derecho natural, consecuencia del dominio que es propio del ser personal». En este sentido, el citado autor explica que: «puesto que el hombre, por ser persona, es dueño de su propio ser y capaz de dominar su entorno, este dominio se plasma en un verdadero poder jurídico en un doble aspecto: 1) capacidad de regular sus ámbitos de libertad; y 2) poder de actuación sobre las situaciones jurídicas que caen bajo su esfera de dominio».

En este mismo sentido, Díez-Picazo¹⁹ ha señalado que «la idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida». Ello implica, nos dice el mencionado autor, «el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina «autonomía privada» o «autonomía de la voluntad»».

18 HERVADA, Javier. *Op. cit.*, pp. 89-90.

19 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 127.

Sin embargo, precisa Javier Hervada que «si bien la autonomía de la persona es un poder originario, no es, en cambio, un poder soberano; está subordinado a la ley y regulado por ella. En este sentido, la autonomía privada está bajo el imperio de la ley, pero ésta regula y modera la autonomía privada, no la crea ni le otorga el poder jurídico, el cual es connatural a la persona». Y concluye señalando que «la regulación legal impone requisitos de capacidad y de forma, establece las condiciones de validez de los actos de la autonomía privada y puede suplir en parte sus deficiencias. De este modo, una de las cuestiones más importantes del Derecho consiste en el equilibrio entre la libertad propia de la autonomía de la persona y la intervención de la ley».

Como se puede apreciar de lo manifestado por el profesor de Navarra, el hecho de reconocer a la autonomía privada la condición de poder jurídico originario de la persona, no significa en modo alguno que dicho poder sea absoluto o que no pueda ser limitado por el ordenamiento jurídico positivo; por el contrario, resulta imprescindible dicha regulación legal a efectos de establecer las condiciones de validez y eficacia de los actos jurídicos negociales, entre ellos el contrato. De esta forma y remitiéndonos a nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que la concepción de la autonomía privada como *poder originario mas no soberano*, es perfectamente compatible con el artículo 62 de la Constitución Política de 1993 y con las normas sobre contratación contenidas en el Código Civil peruano de 1984, algunas de las cuales han sido mencionadas en las líneas precedentes.²⁰ Es más, conforme a lo señalado hasta el momento, es perfectamente posible encontrar el fundamento constitucional de la institución del contrato y de la autonomía privada en el artículo 1 de la Constitución, que establece la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fines supremos de la sociedad y del Estado.

No obstante, al momento de señalar los límites de la autonomía de la voluntad, el autor en comentario deja en claro que, si bien la libertad

20 Dentro de los límites a la autonomía privada, merece particular atención el denominado «dirigismo contractual» recogido en el artículo 1355 del Código Civil peruano, y que para algunos —en opinión que no comparto— habría sido derogado implícitamente por el artículo 62 de la Constitución de 1993. El artículo 1355 establece que: «La Ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

Se entiende que este intervencionismo estatal se refiere a los contratos celebrados y en curso, lo cual, sin embargo, no contraviene lo establecido en el artículo 62 de la Constitución, pues, en nuestra opinión, la denominada «Santidad del Contrato» no puede ser entendida en términos absolutos, menos aún cuando la tendencia actual es hacia la socialización del contrato.

de contratar y la libertad contractual pertenecen a la naturaleza misma del negocio jurídico (contrato), ambas no tienen el mismo valor ni son inherentes del mismo modo a la autonomía privada. Así, la *libertad de negociar* (libertad de contratar), dice Hervada,²¹ *es esencial*, de modo que sin ella no hay negocio jurídico posible ni autonomía privada. El negocio jurídico es un acto de voluntad (acto voluntario o *voluntarium*) y, por tanto, un efecto jurídico que se imponga con independencia de la voluntad del sujeto no puede ser negocial.²² Por otra parte, la *libertad negocial* o *libertad de contenido* (libertad contractual), *no pertenece a la esencia* del negocio jurídico —ni a la de la autonomía privada—, sino a su integridad. Un acto de la autonomía privada —sostiene Hervada— sin libertad negocial o con libertad negocial mermada es, en cuanto acto de dicha autonomía, menos perfecto, porque carece de un tipo de autodeterminación que está incluido en la autonomía privada como posibilidad, pero no destruye la esencia del negocio jurídico, que es la de ser acto de la voluntad o voluntario. Por lo tanto, la falta o merma de la libertad negocial (Libertad Contractual) no es un defecto esencial de la autonomía privada.

Precisamente, porque la libertad contractual o de configuración interna no es esencial a la autonomía privada, es que resulta posible verla mermada o limitada en una serie de contratos cuyos contenidos se encuentran prefijados —en todo o en parte— por la ley, y en otros casos, por la voluntad de una sola de las partes.

21 Cfr. *Ob. cit.*, pp. 95-96.

22 En tal sentido, afirma el profesor de Navarra, que tienen razón los civilistas que niegan carácter negocial a los efectos jurídicos que están impuestos por la ley sin existir una verdadera voluntad de producirlos; pero no tienen razón aquellos civilistas que hablan de falta de libertad de negociar, en ciertos casos de contratos u otros negocios jurídicos que por su utilidad todos realizan; por ejemplo, contratar el fluido eléctrico de la vivienda. Se dice que, dadas las condiciones de la vida moderna, no hay aquí libertad de contratar o no contratar, en atención a las graves incomodidades que produciría no hacerlo. Todo el mundo, se dice, está avocado a tener fluido eléctrico en su casa, usar de los medios de locomoción para viajar, etc. Faltaría, pues la libertad de negociar. A esto debe responderse, nos dice Hervada, que no hay en todo esto falta de libertad de negociar, pues se trata de elecciones queridas (*voluntarium*) y deseadas (*volitum*) de bienes que se generalizan y eligen por sus beneficiosos efectos. Asimismo, preguntándose si ¿falta la libertad de negociar cuando contratar es obligación impuesta por ley?, por ejemplo, tratándose de un seguro obligatorio, sostiene el citado autor que a ello hay que responder que depende de cuál sea la forma de satisfacer la obligación. Si la obligación de contratar no se satisface de modo automático, sino que hay que realizar un contrato para satisfacerla, entonces sigue habiendo libertad de negociar, pues permanece íntegro el acto voluntario de realización del contrato, aunque pueda no ser deseado. Se trata de restricciones que afectan al deseo (o *volitum*) y no al acto voluntario.

3. LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL

3.1. Contratos predispuestos

Centrándonos en una de esas limitaciones o reducciones de la libertad contractual, cabe afirmar que la experiencia en los diferentes sistemas jurídicos, ha venido demostrando, desde hace mucho tiempo atrás, que la mayor parte de los contratos que se celebran modernamente no son negociados. Esto es, no son producto de la libre negociación de los términos, condiciones y cláusulas contractuales, sino que en muchos casos es una de las partes la que impone a la otra la totalidad del contenido contractual, teniendo la otra parte únicamente la alternativa de decidir si celebra o no el contrato, en consideración al principio de la libertad de contratar.²³

Esta modalidad de contratación ha dado lugar a lo que genéricamente se conoce como la categoría de los contratos predispuestos o contratos unilateralmente estipulados, la misma que en nuestro ordenamiento civil se encuentra regulada a través de dos figuras particulares: (i) el contrato por adhesión, y (ii) las cláusulas generales de contratación.

El contrato por adhesión ha sido definido en el artículo 1390 del Código Civil, disponiendo que «el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar»; mientras que las cláusulas generales de contratación, denominadas también en la doctrina, condiciones generales de contratación, son definidas en el artículo 1392 del Código como «aquellas (cláusulas) redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos».

De esta forma, podemos afirmar, citando a Lizardo Taboada, que «el legislador peruano ha distinguido acertadamente las cláusulas generales de los contratos por adhesión, pues mientras en estos últimos la nota fun-

23 Esta característica de la contratación actual ha llevado incluso, a algunos autores, a definir la Autonomía de la Voluntad de una manera ciertamente distinta de la tradicional. Así, en nuestro medio Juan Espinoza ha llegado a afirmar que «para el empresario que profesionalmente se dedica a la colocación de bienes o de servicios en el mercado, la libertad contractual será entendida como la facultad que tiene para disponer unilateralmente el contenido de la relación contractual con los consumidores, por cuanto la negociación individual con los mismos resulta impracticable y antieconómica, así como el derecho de decidir con quien celebrará dicho contrato. Para los consumidores, la libertad contractual es concebida como el derecho de elegir entre varias ofertas colocadas en el mercado aquella que más le conviene en función de sus intereses y posibilidades». En ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 149.

damental es que no existe negociación sobre los términos contractuales que son impuestos necesariamente por una parte a la otra, en las cláusulas generales, gran parte de los términos contractuales vienen predispuestos con el fin de acelerar la contratación, pero existiendo la posibilidad de negociar elementos propios de cada uno de los contratos particulares».²⁴

Hay que precisar, sin embargo, que si bien los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación son de uso corriente en la contratación en masa, lo cierto es que no existe inconveniente alguno para que su teoría (sobre todo aquella de los contratos por adhesión) se aplique a los contratos celebrados individualmente, pero desprovistos de negociación previa. Por tal razón, los problemas que puedan derivarse de la utilización de dichas figuras, no son exclusivos de la producción y consumo masivo.

3.2. Cláusulas vejatorias en el Código Civil

Es evidente que la contratación predispuesta, caracterizada y definida por el hecho de que una sola de las partes es la que establece unilateralmente las condiciones del contrato, mientras que la otra se limita a manifestar su adhesión o no a dichas condiciones —con la particularidad de que, si no se adhiere a las condiciones predispuestas, simplemente no hay contrato y, en consecuencia, el sujeto no puede acceder a los bienes y/o servicios que requiere para satisfacer sus necesidades—, constituye un escenario especialmente favorable para que aquél que detenta el poder de predisponer las condiciones del contrato, incurra en abusos al momento de estipular las cláusulas contractuales.

Pues bien, el legislador nacional, en un intento por dar solución al problema del abuso en la contratación, reguló en el Código Civil peruano de 1984, dentro del Título II del Libro VII de las Fuentes de las Obligaciones y específicamente en el artículo 1398,²⁵ un elenco de aquellas cláusulas que, al ser incorporadas en los denominados contratos por adhesión o en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, son consideradas *inválidas* por ser abusivas o vejatorias.

24 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. «La regulación legal de las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, n.º 6, p. 136.

25 Artículo 1398.- «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato».

Conforme al texto vigente del artículo 1398, son *cláusulas abusivas* o *vejatorias* las siguientes:

- (i) Las que conceden al predisponente:
 - a) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad;²⁶
 - b) La facultad de suspender unilateralmente la ejecución del contrato;
 - c) La facultad de rescindir o resolver unilateralmente el contrato; y
 - d) La facultad de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.
- (ii) Las que implican para el adherente la prohibición de oponer excepciones (defensas).

En principio, habría que dejar en claro que no existe fundamento de peso para que el control judicial de las cláusulas abusivas o vejatorias proceda sólo en los contratos por adhesión y en los contratos sujetos a cláusulas generales de contratación *no aprobadas administrativamente*; y que por el contrario, se excluya de dicho control a las cláusulas generales de contratación que pasaron por el tamiz de la aprobación administrativa. Particularmente consideramos que, si bien el sistema de control preventivo a nivel administrativo de las cláusulas generales de contratación es una sana práctica, no garantiza en cambio, por sí sólo, que las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa no sean abusivas o vejatorias; resultando, por tanto, necesario que dicho control previo sea complementado por un control *ex post*. Esto último, básicamente, porque en no pocos casos, la «vejatoriedad» de una cláusula se hará patente sólo una vez que el contrato se haya celebrado, teniendo en consideración las circunstancias de dicha celebración y, eventualmente, otros contratos vinculados o conexos al mismo.

3.3. Carácter de la lista del artículo 1398. Posibilidad de aplicación analógica

Por otro lado, a nivel de la doctrina nacional, podemos constatar distintas posiciones sobre los alcances y naturaleza del elenco de cláusulas vejatorias recogido en el artículo 1398; que en realidad no son otra cosa que la reproducción de las posiciones que se sostuvieron en la doctrina italiana sobre el carácter de la relación de cláusulas vejatorias contempladas en el artículo 1341 del Código Civil italiano de 1942, el mismo que

26 Se entiende por culpa leve, pues, las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable son nulas conforme al artículo 1328.

sirvió de inspiración al legislador peruano para la redacción del artículo 1398, según se aprecia de la exposición de motivos.²⁷

Así, para algunos autores nacionales se trataría de una relación taxativa (Romero);²⁸ para otros, sin dejar de ser taxativa, admitiría interpretación extensiva mas no la analogía, por tratarse de una norma de excepción (De la Puente,²⁹ Taboada);³⁰ mientras que para otro grupo (Arias-Schreiber,³¹ Castillo,³² Barchi),³³ dicho elenco de cláusulas abusivas tendría tan sólo carácter enunciativo, resultando perfectamente posible valernos de la analogía para encontrar otros supuestos de cláusulas abusivas distintos de los expresamente señalados en la norma, lo cual permitiría un mayor control del contenido de los contratos.

Particularmente, nos adherimos a esta última posición y compartimos el argumento utilizado por Juan Espinoza³⁴ cuando sostiene que la analogía está permitida en este caso, porque el artículo 1398 no constituye una excepción al artículo 1354 que recoge la libertad contractual de las partes, sino más bien constituye una norma que contempla un supuesto de hecho totalmente distinto. Mientras el artículo 1354 se aplica cuando «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato», el artículo 1398 opera cuando una de las partes ha redactado previamente el contrato de manera unilateral. Consecuentemente, lejos de existir una relación de «excepcionalidad» del artículo 1398 con respecto al artículo 1354, ambos regulan dos situaciones totalmente distintas.

No obstante, si bien parece incontestable la posibilidad de aplicar la analogía a partir de las cláusulas vejatorias enunciadas en el artículo 1398, lo cierto es que en la jurisprudencia civil no encontramos ejemplos

27 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Compiladora). *Exposición de Motivos del Código Civil*, tomo VI, p. 59.

28 Cfr. ROMERO, Luis. *El Derecho de los Contratos en el Código Civil peruano de 1984. Teoría General de los Contratos*. Lima: Editora Fecal, 1999, tomo I, p. 237.

29 Cfr. *El Contrato en general*, tomo I, pp. 789-791.

30 Cfr. *Op. cit.*, p. 142.

31 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, tomo I, p. 126.

32 CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo II, pp. 834-835.

33 BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «Minority Report (Sentencia Previa) A propósito de un «ejemplar». Fallo del Tribunal Constitucional». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 10, pp. 136 y 397).

34 Cfr. *Op. cit.* pp. 153-154.

de ello.³⁵ Por otra parte, a nivel del Tribunal Constitucional se ha hecho célebre la sentencia del 16-11-2004 expedida en el expediente n.º 1238-2004-AA/TC, mediante la cual dicho colegiado, en una parte de su —sumamente criticado— *obiter dicta*, deja en claro su preocupación por la necesidad de control de las cláusulas contenidas en los contratos utilizados por las empresas del sistema financiero, aunque se equivoca al vincular la figura de las cláusulas abusivas con las tasas de interés leoninas, cuando en realidad estas últimas no constituyen —en estricto— supuestos de cláusulas abusivas o vejatorias.³⁶

En cualquier caso, podemos afirmar que en la magistratura nacional no encontramos ejemplos de aplicación analógica de las cláusulas veja-

35 Sobre el particular, nos parece importante citar la Casación n.º 2047-2007-LIMA del 24-07-2007. En este caso se formuló recurso de casación —entre otras causales— por interpretación errónea del artículo 1398 del Código Civil, argumentando que la facultad de resolución unilateral reconocida a favor de la demandada, contenida en un contrato de compraventa con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, era inválida conforme a lo dispuesto en el citado artículo. La cláusula en cuestión establecía lo siguiente: «Si LA COMPRADORA dejara de pagar una de las armadas que se mencionan en la cláusula anterior, LA CAJA podrá, a su elección, ejecutar la hipoteca legal que se menciona en la cláusula octava o resolver el presente contrato de pleno derecho, sin que sea necesario comunicación alguna a LA COMPRADORA. En tal caso, LA CAJA tendrá derecho a retener a su favor las arras que se mencionan en los puntos 1 y 2 de la cláusula anterior. Del mismo modo, LA CAJA tendrá derecho a retener las arras, en caso de que el contrato se resolviera por cualquier otra causal atribuible a LA COMPRADORA». (El subrayado es nuestro). La Corte Suprema desestimó el recurso de casación al considerar que dicha cláusula no era inválida, porque —en su opinión— la facultad resolutoria incorporada en la cláusula contractual cuestionada, se encontraba expresamente regulada y permitida en los artículos 1428, 1429 y 1559 del Código Civil. Nos parece evidente que la Corte Suprema quiso referirse en realidad al artículo 1430 del Código Civil, que regula la denominada «cláusula resolutoria expresa»; sin embargo, consideramos que ni siquiera dicha norma legitimaba la cláusula cuestionada. En efecto, si bien a través de la figura de la «cláusula resolutoria expresa» recogida en el artículo 1430, se concede a una de las partes el «derecho potestativo» de resolver unilateralmente el contrato, dicho efecto (resolución de pleno derecho) sólo será posible previo cumplimiento de una «carga» constituida por la necesidad de cursar una comunicación a la otra parte haciéndole saber la decisión de valerse de la cláusula resolutoria expresa. Es decir, la comunicación dirigida a la parte infiel constituye un requisito ineludible para que la resolución de pleno derecho opere, motivo por el cual resultará abusiva una cláusula general por la que se imponga dicha facultad de resolución sin necesidad de aviso o comunicación a la otra parte.

36 El *obiter dicta* de la Sentencia del Tribunal Constitucional, señala textualmente lo siguiente: «En el marco de las consideraciones expuestas, formulamos las siguientes digresiones, con el objeto de fortalecer la posición del usuario frente a las entidades financieras: a) teniendo en cuenta la insuficiente regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico, debe detectarse y suprimirse cualquier tipo de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo bancario en desmedro del usuario [...]».

torias enunciadas en el artículo 1398 del Código Civil, lo cual podría ser explicado señalando que ello es resultado de la parquedad con que se encuentra redactada la norma. Sin embargo, llama la atención que sea en otra sede, distinta de la judicial, donde la aplicación analógica se haya puesto de manifiesto.

En efecto, ha sido la Comisión de Protección al Consumidor del IN-DECOPI, la que, a través de la Resolución Final n.º 1154-2004-CPC del 03-11-2004, consideró como abusiva o vejatoria la Cláusula de Sometimiento a Arbitraje, a pesar de no estar expresamente contemplada en el texto del artículo 1398 del Código Civil, vigente a esa fecha.

En dicha resolución, la Comisión de Protección al Consumidor dejó establecido que: «Si bien el texto original del artículo 1398 del Código Civil consideraba como vejatoria la estipulación de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje, y la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, mediante una modificación reductiva, suprimió este supuesto [...] la Comisión considera que el sometimiento a arbitraje, tanto en las cláusulas generales de contratación como en los contratos por adhesión, constituye una desproporcionada situación de ventaja del proveedor en detrimento del consumidor, debido a que —como ya se mencionó— el empleo de dicho mecanismo de solución de conflictos resulta mucho más costoso que el acceso a la jurisdicción civil ordinaria y al procedimiento administrativo ante la Comisión».

No podemos dejar de mencionar que, en la Resolución Final antes transcrita, se hace evidente el recurso de los miembros de la Comisión de Protección al Consumidor a la doctrina y legislación europeas y, en especial, a la Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE del 05-04-93 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores,³⁷ la cual se ha constituido en el modelo a seguir por la gran mayoría de legislaciones europeas. Esta Directiva se caracteriza por el hecho de establecer una definición general de lo que debe entenderse por cláusula abusiva o vejatoria y por contener un anexo con un listado indicativo y no exhaustivo de 17 cláusulas que pueden ser declaradas vejatorias en los contratos de consumo.³⁸

37 La Directiva puede ser revisada en: <http://civil.udg.edu/epclp/texts/es/93-13.htm#a1> (último acceso del autor: 27-10-2009).

38 En el anexo de la Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE del 05-04-93, se consideran como abusivas, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) Excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;
- b) Excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de

Siguiendo el esquema de la Directiva Comunitaria, nosotros consideramos que, para aplicar la analogía, resulta conveniente tener una

cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último;

c) Prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;

d) Permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;

e) Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;

f) Autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;

g) Autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;

h) Prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo;

i) Hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;

j) Autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;

k) Autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;

l) Estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;

m) Conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato;

n) Restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;

o) Obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;

p) Prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;

q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular, obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

idea clara de qué debe entenderse por «cláusulas abusivas o vejatorias»; pero siendo evidente que nuestro Código Civil, fuera de señalar algunos ejemplos, no nos proporciona ninguna definición sobre el particular, parece claro que debemos recurrir a ordenamientos foráneos para encontrar alguna respuesta.

Así, el primer lugar donde acudir para *ilustrarnos*³⁹ y tener una idea clara de qué debemos entender por cláusulas abusivas o vejatorias, resulta ser la propia Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE, que en su artículo 3.1, define como cláusulas abusivas, aquellas «cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente [...] si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Asimismo, la Directiva Comunitaria en mención, presenta a lo largo de su articulado una serie de criterios para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva o vejatoria. De este modo, la directiva precisa que:

1. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva. En consecuencia, no podrán ser consideradas como vejatorias (artículo 1.2).
2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de la Directiva al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional (proveedor) que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba (artículo 3.2).
3. El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta: (i) la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato; (ii) las circunstancias que concurran en el mo-

39 Es evidente que el recurso a la Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE del 05-04-93 sólo puede ser con fines ilustrativos, por no formar parte de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Sin embargo, consideramos que, dada su trascendencia en el mundo europeo, y sobre todo por recoger criterios de justicia contractual (por ende, de carácter universal), la Directiva constituye una guía útil y esclarecedora para que nuestros operadores jurídicos apliquen la analogía a partir del artículo 1398 del Código Civil.

- mento de la celebración; (iii) todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (artículo 4.1).
4. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (artículo 4.2).
 5. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (artículo 5).

En consecuencia, consideramos que, ilustrados por la definición de cláusula vejatoria, la lista indicativa del anexo y los criterios de «vejatoriedad» que encontramos en la Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE, resulta perfectamente viable la aplicación analógica de la breve relación de cláusulas vejatorias contempladas en el artículo 1398 del Código Civil peruano; con el agregado de que, a diferencia de la Directiva Comunitaria, dicha aplicación se hará extensiva no sólo a los contratos de consumo, sino a cualquier contrato con cláusulas unilateralmente predispuestas, lo cual constituye una ventaja derivada del hecho de que, las normas del Código Civil, son aplicables a todas las relaciones entre particulares, salvo disposición expresa en contrario.

De esta forma, podrá procederse a la aplicación analógica del artículo 1398 y al análisis de «vejatoriedad» de las cláusulas, aun en aquellos contratos donde la parte adherente no califique como «consumidor», de acuerdo a la definición recogida en la legislación sobre la materia.

3.4. Las cláusulas vejatorias son inválidas: ¿nulas o anulables?

Otra cuestión que surge del artículo 1398 del Código Civil, es la calificación que debe dársele a las cláusulas abusivas. Es decir, ¿al calificar el Código de inválidas las cláusulas señaladas en el artículo 1398, las está considerando nulas o anulables? Si recordamos un poco, se suele decir que la ineficacia negocial es el género que involucra todas aquellas causas o supuestos por los cuales un negocio jurídico no surte efectos, género dentro del cual encontramos dos especies: (i) la ineficacia estructural y, (ii) la ineficacia funcional. Dentro de la primera, es decir, dentro de la ineficacia estructural, tenemos los supuestos de *invalidéz* conocidos como nulidad y anulabilidad.

Para responder la cuestión, vamos a valernos de un interesante trabajo del profesor Rómulo Morales, aunque lleguemos a una conclusión distinta sobre la calificación que debe dársele a las cláusulas abusivas o vejatorias. Así, siguiendo a Ugo Majello, citado por el profesor Morales,

diremos que, dentro de la concepción normativa de la invalidez, ésta más que sanción es un mecanismo de protección jurídica; es decir, es vista (la invalidez) ya no como una sanción, sino como un mecanismo de tutela.

Dentro de esta línea, «mediante la nulidad el ordenamiento reafirma la supremacía de las normas que limitan la autonomía privada y, por ello, se puede diversamente sostener que la nulidad constituye la solución de un conflicto entre normas de fuente publicística (como la ley) y normas de fuente privada (como el contrato); mientras que la patología consistente en la anulabilidad tiene como función tutelar la libertad de decisión de quien efectúa el acto de autonomía, el ordenamiento se hace cargo de tutelar la persona en el ejercicio responsable de su autonomía. En otros términos, el instituto de la anulabilidad, en razón del complejo sistema normativo que la disciplina, sirve para salvaguardar en línea de máxima el libre ejercicio de la autonomía privada, a diferencia del instituto de la nulidad que sirve para hacer respetar los límites impuestos por la ley a la autonomía privada».⁴⁰

En este sentido, como señala el mencionado autor italiano, «debemos considerar el contrato nulo, no ya como hecho jurídico concreto incompleto o anómalo, sino como un modo de ser del contrato que se conecta a la imposibilidad jurídica de producir efectos. Significa vincular el efecto de impedir la eficacia del contrato, únicamente a la violación de una norma limitativa de la autonomía privada. El contrato nulo será aquel contrato que no produce normas conforme a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico; en cambio, las causas generales de anulabilidad conciernen principalmente a circunstancias que ponen en duda que el contrato refleje una correcta valoración de la conveniencia del negocio por parte de cualquier contratante. El contrato viciado o anulable es aquel contrato carente de las condiciones de libertad y de conocimiento a fin de lograr consolidar la prohibición del abuso de una situación de disminución de la voluntad».⁴¹

En la lógica del profesor Rómulo Morales, las cláusulas de los contratos predispuestos deben tener una redacción clara y comprensible; en consecuencia — para el citado autor — no hay duda de que esta referencia tiene que ver con las condiciones del sujeto en cuanto a su libertad y a su conocimiento. Así las cosas, si hablamos de cláusulas abusivas o vejatorias, estaríamos ante una causal de anulabilidad y no de nulidad o de simple ineficacia.

40 MORALES HERVIAS, Rómulo. «Contrato inválido». En *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006, n.º 58, p. 116.

41 *Cfr. Op. cit.*, p. 120.

Al parecer, esta posición encuentra un antecedente inmediato en el artículo 1341 del Código Civil italiano, que vincula directamente el juicio de «vejatoriedad» de una cláusula contractual a la posibilidad de conocimiento de la misma por parte del adherente, de modo que, una vez conocida y firmada, la cláusula no podrá ser cuestionada.⁴² Sin embargo, dicha norma ha sido duramente criticada en la doctrina italiana y, en particular, por el profesor de la Universidad de Génova Vincenzo Roppo, quien refiriéndose al artículo en cuestión, ha señalado lo siguiente:

La disciplina de las condiciones generales del contrato da al adherente una protección muy frágil... Es fácil que el adherente, frente a la fórmula que invoque las cláusulas onerosas (abusivas), *firmé mecánicamente sin leerlas y evaluarlas*. Incluso admitiendo que las lea, las valore y las cuestione, *difícilmente obtendrá la modificación del predisponente*: si es muy tenaz y orgulloso, podrá renunciar al contrato y dirigirse a otro proveedor; pero es fácil que por donde vaya, él se encuentre con las *mismas condiciones estándar*, de hecho no modificables. La del artículo 1341 es, en definitiva, una protección formal y no sustancial: no impide que en los contratos predispuestos entren cláusulas desventajosas para los adherentes, parte débil de la relación.⁴³

Nosotros creemos humildemente que, antes que vincular la prohibición de las cláusulas abusivas o vejatorias a un problema de falta de claridad en su redacción o a un problema de dificultad en su comprensión —que podría ser fácilmente sorteado por el predisponente con una redacción más sencilla o con hacer firmar cláusula por cláusula al co-contratante sin que por ello el contrato deje de ser «no negociado»—, debemos considerar que el problema se centra en el abuso o aprovechamiento que la parte predisponente puede hacer de esa prerrogativa consistente en establecer unilateralmente las cláusulas del contrato.

En tal sentido, consideramos que las cláusulas vejatorias deben tratarse como una causal de nulidad; es decir, entendiendo la prohibición

42 Artículo 1341 del Código Civil italiano de 1942. *Condiciones generales de contratación*.— Las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro, si al momento de la celebración del contrato el segundo las conoció o habría debido conocerlas empleando la diligencia ordinaria. En ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para desistir el contrato o para suspender su ejecución, o bien que establezcan a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.

43 ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 833.

de las cláusulas vejatorias como un límite que impone el ordenamiento jurídico a la autonomía privada, en concreto, a la libertad contractual de la parte que detenta el poder de predisponer las cláusulas contractuales.

Así, enfocamos la calificación, ya no en la falta de comprensión de las cláusulas por la parte débil de la relación, sino más bien en la parte predisponente, imponiéndole a ésta límites a su autonomía a efectos de que no incurra en abusos al momento de establecer las cláusulas; resultando evidente que en aquellos contratos donde se dio a la otra parte la real posibilidad de negociar y modificar las condiciones, ya no se aplicaría este límite, pues la posibilidad real de negociación y modificación excluiría el abuso.

4. LA JUSTICIA EN EL CONTRATO Y CLÁUSULAS VEJATORIAS

Hasta aquí se ha visto que en el juicio de «vejatoriedad» de las cláusulas contractuales y en la propia definición de cláusulas vejatorias, se encuentra presente, como característica fundamental de estas cláusulas, el hecho de que, mediante ellas, se crea un *desequilibrio significativo* o importante entre las situaciones jurídicas subjetivas de las partes contratantes; lo cual, a nuestro entender, nos remite directamente al tema de la justicia en el contrato. En otras palabras, a tener a la justicia contractual como principal criterio de identificación de cláusulas vejatorias.

En general, la justicia propia de los negocios jurídicos y, particularmente, de los contratos, es la *Justicia Conmutativa*, pues suelen contener intercambios de cosas y de prestaciones. Los problemas más importantes de la justicia conmutativa en los negocios jurídicos pueden resumirse en dos: (i) la justicia de los contenidos y; (ii) la igualdad de la posición negociadora de las partes. El primero se refiere a la justicia en sí de los negocios jurídicos (prestaciones, riesgos y responsabilidades); el segundo atañe a las condiciones de negociación que garantizan, de hecho, la obtención de la justicia.

Esta igualdad a la que se refiere la justicia conmutativa, no debe entenderse, sin embargo, como una igualdad matemática, sino más bien como una igualdad proporcional. Así, Michell Villey,⁴⁴ deja en claro que la igualdad en Aristóteles y en el Derecho Romano, era una igualdad proporcional, precisando que «la igualdad aritmética, la idea de una «sociedad sin clases» y sin distinciones de fortuna, sería tan deplorable como utópica, cuando nos referimos a la posesión de las cosas exteriores; la

44 Citado por HERRERA, Daniel. *La noción de Derecho en Villey y Kalinowsky*. Buenos Aires: Educa, 2005, p. 38.

grandeza de la ciudad terrestre reside en la diversidad, que implica, por lo mismo, diferencias entre las condiciones sociales, la existencia de ricos y pobres en bienes materiales».

Quizás una de las razones por las cuales la idea de justicia se encuentra devaluada en la actualidad, sea por una incorrecta interpretación de la igualdad a que la justicia se refiere. El mismo Villey se preocupa por dejar en claro que la palabra *igualdad* aplicada a la justicia «corre el riesgo de ser mal comprendida porque nuestras matemáticas modernas son muy distintas de las de Grecia. En primer lugar, las matemáticas griegas no eran tan áridas como las nuestras; eran también una búsqueda, una contemplación de esa belleza que mora en el orden cósmico; el descubrimiento de una igualdad en el mundo que no era levantar acta de una simple equivalencia de hecho entre dos cantidades, sino descubrir en ella una armonía, el valor de lo justo: pariente próximo de lo bello».⁴⁵

En este mismo sentido, Roppo ha señalado, con relación al juicio de «vejatoriedad» de las condiciones contractuales, que: «aquí el valor perseguido es la igualdad entre las partes, o mejor ese específico perfil de igualdad que es la reciprocidad: valor lesionado por las cláusulas que atribuyen una carga o una ventaja a una parte, sin establecerla correlativamente también para la otra».⁴⁶

Todo esto nos sirve para sustentar que el tema de las cláusulas vejatorias está íntimamente ligado a la idea de justicia y, en particular, a la *Justicia Conmutativa*, lo cual se desprende inclusive de la propia definición de las *cláusulas vejatorias* o *abusivas*, que contiene expresamente la noción de equilibrio o proporción, y que encontramos —según hemos señalado a lo largo de este trabajo— en la propia Directiva Comunitaria n.º 93/13/CEE del 05-04-93 que sirvió de modelo a las legislaciones de los países europeos. No obstante, llama fuertemente la atención que la justicia esté cada vez más ausente del discurso de los juristas y profesionales de nuestro medio.

45 *Idem*, p. 38.

46 *Op. cit.*, pp. 837-838.

La importancia de la reserva de los resultados médicos y el derecho a la intimidad. Un análisis desde el Derecho Médico y los artículos 14 y 16 del Código Civil peruano de 1984

*Emilio José Balarezo Reyes**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El rol de la historia clínica en materia de información. – 3. La intimidad de la persona en su condición de paciente. – 4. La responsabilidad del profesional de la salud en el cuidado y el manejo de la información del paciente. – 4.1. Información del paciente sano. – 4.2. Información del paciente enfermo. – 5. Tratamiento otorgado por el Código Civil peruano de 1984, en torno al uso de la información íntima de la persona. – 6. Una relectura de los artículos 14 y 16 del Código Civil. – 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Las múltiples situaciones que se pueden dar dentro de la vinculación del médico con su paciente ha despertado de ma-

* Abogado, Candidato a Magíster y Doctorando en la Universidad de San Martín de Porres, Secretario Académico de la Escuela de Derecho de la Sede Lima-Este de la Universidad César Vallejo, Catedrático de los Cursos de Introducción al Derecho, Constitución y Derechos Humanos en la misma casa de estudios, Miembro Ordinario del Instituto Peruano de Derecho Civil.

nera clara la necesidad de una regulación exclusiva por parte del Derecho. Si bien es cierto, la citada vinculación se encuentra, fundamentalmente, dentro del campo de la Medicina, no se puede eludir determinados aspectos en los cuales necesariamente tendrá que intervenir el Derecho. Para el profesor Varsi,¹ esta situación de forma más concreta se dará en la relación médico-paciente: «...La relación médico-paciente tiene como elemento esencial el cuidado de la salud. Se presenta como una relación jurídica de prestación de servicios por la que el profesional de la salud atiende a quien se lo solicita, celebrándose, expresa o tácitamente, el contrato de asistencia médica», lo cual expresa el rol que juega el Derecho para una cabal regulación, entendimiento y comprensión de este tipo de situaciones, en donde se pondrán en juego intereses jurídicos. Uno de estos aspectos es justamente la regulación del tema de la reserva de los resultados médicos a los cuales es sometido el paciente.

Muchas son las opciones y las posiciones que se pueden sostener en torno al manejo de la información, pero el tema que sí es sumamente delicado, es si la misma perjudica o daña la imagen. Rubio² lo define como «... el aspecto físico de la persona o la representación de él. Se incluyen dentro de lo que es la imagen, diferentes elementos como el decoro y reputación de la misma» y los sentimientos que tiene una persona, amparado en ese vínculo de confianza con su médico; el cual, en base al compromiso socrático asumido por su profesión, no debe poner en conocimiento de los demás los aspectos internos que han sido analizados por su persona en el ejercicio pleno de su profesión.

El interés por la información, pero, sobre todo, de la repercusión de la misma y las consecuencias que éstas puedan traer si caen en malas manos, ha sido uno de los más importantes aspectos de la relación médico-paciente, una relación que a lo largo de los años ha traído consigo siempre un grado de confianza, algo que se va consolidando en la anuencia como frecuencia, producto de la interacción que se da entre ambas personas que conforman esta relación médico-paciente.

Algo que debemos de acotar como cierto y es mencionado por el profesor Fernández Sessarego, es lo siguiente: «...esta relación directa entre el médico y el paciente es en nuestros días más infrecuente. Lo que actualmente ocurre es que la relación se produce entre el paciente y las empresas prescriptoras de salud»,³ de acuerdo a lo esbozado por el maestro, debemos de

1 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico peruano*. Lima: Grijley, 2005, p. 169.

2 RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, 2.^a Ed., vol. XII, p. 90.

3 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «La relación jurídica del médico con el paciente». En *Libro Homenaje a Max Arias-Schreiber Pezet*. Lima: Academia Peruana de Derecho-Gaceta Jurídica, 2005.

manifestar que efectivamente en la actualidad la relación entre el médico y el paciente no es tan estrecha como antes, sino que ahora gracias a la inversión privada en los temas de salud que le ha dado a ésta un aspecto más comercial que privado, debido a que en estas instituciones, por la cantidad de profesionales que brindan sus servicios en temas de salud, éstos varían y cambian constantemente al momento del tratamiento del paciente, por lo que es raro que este proceso sea exclusividad de un solo médico, sino de todos aquéllos que van a intervenir dentro de las etapas que durará el tratamiento, como la recuperación del paciente.

De lo que hemos estado esbozando, entonces, hay que destacar que el tema medular es la confidencialidad, la cual juega un rol sumamente importante. Este concepto es indesligable con el de reserva de la información, la cual debe de estar señalada como un factor primordial en el ejercicio de un profesional de la salud.

Es de destacar, como lo señala el profesor Morales Godo, «... la vida privada se convierte en una fase esencial del ser humano que va a garantizar su libre desarrollo y su identidad personal»,⁴ pero no podemos dejar de darle un tratamiento especial a la información que se obtenga del resultado de esta actividad.

Es así que el resultado médico, proviene de los análisis ordenados por el médico luego de una evaluación preliminar realizada al paciente, y que tiene por objetivo determinar en qué situación se encuentra la salud del mismo, tomando como base estos resultados, es que justamente se puede partir para la realización del tratamiento y, de ser el caso, las intervenciones quirúrgicas necesarias para el restablecimiento de la salud del paciente.

La vinculación del presente tema con el de la intimidad, se basa en que justamente esta última regula el manejo de la información inherente y propia de la persona, la cual es patrimonio exclusivo de la misma y no debe ser materia de difusión sin el permiso del principal actor que, en este caso, es el paciente.

De esta manera, de forma muy sencilla, expresamos la importancia y vinculación que tiene una figura tan gravitante en la vida del hombre dentro de la sociedad, como es la información propia e interna de su persona con el proceso del cuidado de su salud, las pruebas y los resultados médicos a los cuales se ha sometido.

La naciente regulación jurídica del aspecto médico de estos temas en el denominado Derecho Médico, es una consecuencia natural del hombre actual de darle un tratamiento jurídico a las diferentes relaciones que surgen en torno al tema de la salud, pero su vinculación con el Derecho Civil radica en que es

4 MORALES GODO, Juan. *Instituciones de Derecho Civil*. Lima: Palestra Editores, 2009.

justamente la persona el principal actor dentro de ambas disciplinas, siendo un tema medular, entonces, cómo en la actualidad nuestro Código subjetivo regula el aspecto de la información interna de cada persona.

Dentro de esta novel, pero importante disciplina como es el Derecho Médico en el Perú, el cual ha alcanzado un considerable nivel de protección y reconocimiento apuntados, como ya se ha dicho, a otorgar una seguridad en las personas al momento de la manipulación y difusión de la información que sólo a ellos les corresponde.

2. EL ROL DE LA HISTORIA CLÍNICA EN MATERIA DE INFORMACIÓN

La historia clínica dentro de los temas concernientes a la salud juega un papel sumamente importante, ya que ésta describe de manera detallada cómo, a través del tiempo, se han presentado un conjunto de enfermedades como de tratamientos aplicados por los médicos, a una determinada persona con la finalidad de salvaguardarle la salud y su normalidad en el desarrollo de su vida dentro de la sociedad.

En nuestro país existe una norma específica que regula el tema de la historia clínica de manera detallada, la cual es la Resolución Ministerial n.º 776-2004-MINSA, es la Norma Técnica de la Historia Clínica de los Establecimientos de Salud del Sector Público y Privado, la cual expresa que la historia clínica como tal, tiene un alto contenido informativo con una diversidad de fines como es el académico, científico, etc.

Esto nos señala claramente la utilidad en el manejo del contenido de este instrumento, su valía e importancia en el mundo de hoy, tomando el concepto del profesor Espinoza cuando cita a Díez-Picazo, entendemos la importancia y el papel que estos temas juegan con la reserva de la información. Éste opina de la siguiente forma: «...determinados hechos de la vida de la persona son conocidos por terceros en virtud de servicios profesionales».⁵

Sumergiéndonos al contenido de la citada norma en la parte IV de la misma, vamos a encontrar las definiciones que nos va a otorgar, tanto el sentido como la finalidad del tratamiento de las mismas; ubicamos conceptos como los de Historia Clínica Familiar y Consentimiento Informado, que nos dan sólo una pequeña muestra del rol que juega la información y la valía de la misma.

Para nuestro tema, es básico expresar la importancia y vinculación que existe entre la Confidencialidad y el Acceso a la Historia Clínica, ya que de-

5 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, 4.ª Ed., p. 328.

muestran que la información contenida no puede ser presa de divulgación o como manipulación inadecuadas, sobre todo, por las consecuencias que traen de aspectos tan sensibles para el hombre como es el tema de su salud, lo cual, dentro de su ámbito, única y exclusivamente le pertenece. No pudiendo penetrar ese aspecto tan importante de su intimidad.

Aquí podemos observar lo que representa la Custodia Profesional, término que refleja el grado de compromiso y cuidado que se debe de tener con este tipo de información, por parte de los profesionales de la salud que tienen contacto con la misma en todo el proceso de cuidado, tratamiento y recuperación del paciente, al punto de recibir una sanción, si se divulga la información sin el consentimiento debido del paciente. He allí la trascendencia de la exteriorización del permiso de poder difundir y otorgar detalles del tratamiento médico al que ha sido sometido el propio paciente.

Como lo expresa el profesor Fernández Sessarego,⁶ «... lamentablemente, a menudo, la necesidad de difundir imágenes de actualidad, hace que se violen diversos derechos como la imagen, intimidad, entre otros, sin consecuencias de ninguna especie».

Nuestra Ley General de Salud, Ley n.º 26842, en su artículo 5, comienza a otorgar de manera clara la importancia y el rol que juega en la actualidad la información, pero de manera preliminar estipula el derecho que tiene el paciente de recibir la misma, es decir, a saber de manera detallada cada una de las condiciones en las cuales va a ser atendido a lo largo de su permanencia dentro de un Centro de Salud.

Ya en su artículo 15 encontramos, con mayor claridad, el papel que juega la reserva de la información, ya que el inciso b) expresa el derecho que tiene todo paciente de exigir reserva en torno al acto médico al cual ha sido sometido, lo cual se ve respaldado por lo que plantean los incisos h) y f), incisos que, en términos sencillos, reflejan y expresan la necesaria importancia de los resultados como exámenes médicos, así como los diferentes actos que se van a realizar sobre su cuerpo, en pro de otorgarle una mejoría a su salud.

Continuando con el análisis de esta ley, vemos que el artículo 25 de la citada norma, dispone de manera específica las exigencias, así como las consecuencias en materia de responsabilidad que van a tener los profesionales de la salud, en torno al manejo de la información del paciente.

Sobre este punto vamos a llevar a cabo un análisis más detallado en este ensayo, pero la intención es observar cómo una norma específica,

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Editora Jurídica MOTIVENSA, 2009, p. 436.

como es la Norma Técnica en el manejo de la información, se complementa con una general, como lo es la Ley General de Salud.

3. LA INTIMIDAD DE LA PERSONA EN SU CONDICIÓN DE PACIENTE

Si la intimidad como figura interna del hombre, cobra relevancia dentro del contexto del pleno ejercicio de sus facultades para desarrollar con éxito sus actividades diarias con mayor razón, y tomando como base la condición de la persona en su situación de paciente, éste será un tema capital e importante. No sólo por su condición de ser humano y el mundo interno que contiene, sino que podríamos aseverar que, en su condición de paciente, se encuentra en una situación mucho más vulnerable.

Existen diversas definiciones en torno al concepto de intimidad y en un buen número, pero todas ellas no van a dejar de reconocer su trascendencia como la vinculación con el aspecto interno del hombre. Éste, en su condición de paciente, adquiere, durante el citado período, mayor cuidado; y los aspectos del tratamiento al cual es sometido en la búsqueda de la mejoría de su salud, van a determinar que se toque aspectos tan sensibles como la historia de su familia, con el objetivo de determinar si alguno de sus antecesores tuvo alguna enfermedad relacionada con la causa que lo ha llevado a que se encuentre internado en un centro de salud.

De esta manera, observamos cómo se remueven tantos aspectos propios del pasado de la persona, con el fin de encontrar una respuesta al estado actual de la misma.

El conocer los resultados así como el conjunto de actividades especializadas a las cuales va a ser sometido el referido paciente, establecen de manera contundente que no sólo su cuerpo va a ser estudiado con el objetivo de curarlo y restablecerle la salud, sino que se va a tener acceso a distintos aspectos exclusivos de su vida, tanto personal como familiar, los cuales, de acuerdo a la enfermedad o mal que lo aqueje, puede, inclusive, estar presente en sus descendientes por generaciones.

Podemos comentar cómo este planteamiento es protegido por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos del 11 de noviembre de 1997, el cual propugna la dignidad del hombre como uno de los pilares de protección para el manejo de la información que, en torno al tema, se pueden desarrollar.

Por eso, el asunto de la intimidad del paciente va más allá de un problema netamente técnico, y engloba un abanico de aspectos sensibles, como es el tema de la descendencia, ya que tal como hemos analizado líneas arriba, la historia clínica particular de una persona se nutre y se basa muchas veces de la historia clínica familiar. Esto último muchas veces

trae consecuencias negativas para la persona, pues puede reprochársele la adquisición de una enfermedad, de lo cual no ha tenido ninguna responsabilidad, pero que por los genes le ha sido transmitida. Estas situaciones externas a la persona desencadenan problemas de diversa índole, tanto emocional como física.

Debemos, entonces, resaltar la figura en la cual se encuentra la persona humana en su condición de paciente, es decir, concluyendo que su situación es más susceptible de que tenga consecuencias negativas si la utilización de la información en torno a su enfermedad, no es debidamente resguardada, o si se hace pública la misma.

Un ejemplo lo podemos observar en el tratamiento que se le dio al tema del exjugador de Universitario de Deportes, Eduardo Esidio; otro caso que podemos citar es lo que sucedió con la modelo Andrea Zubiarte, en relación a algunos tramites de seguro que recientemente quiso realizar. Vemos, de esta manera, que la temática es sumamente amplia en torno a este punto, pero sobre todo, que todavía no hay una sanción exacta y contundente para el manejo inadecuado de la misma.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EN EL CUIDADO Y EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE

Cuando nos referimos al profesional de la salud, nos estamos dirigiendo no sólo al médico, sino que abarca a toda aquella persona que ha estudiado alguna de las disciplinas que son de la competencia de las ciencias de la salud (como son los tecnólogos médicos, las enfermeras, etc.), los cuales, por la propia naturaleza de su actividad, deben mantener la reserva del caso.

En torno a lo que es la información, el paciente que, según la Resolución Ministerial n.º 776-2004, es definido como «toda persona que desde el punto de vista de salud, se encuentra sana o enferma», en nuestro caso, tomando a consideración lo que cita la norma, debemos de analizar este punto desde dos ópticas, el manejo de la información del paciente sano, como también el manejo de la información del paciente enfermo.

En particular, debemos referirnos a un término que, de cuerpo entero, refleja el papel que juega el médico en torno a la información. Dice el doctor Fernández Sessarego⁷ lo siguiente: «El secreto médico, en síntesis, es el deber que contrae el profesional de no revelar a terceros, incluyendo

7 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Aspectos jurídicos del secreto médico». *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, enero 2001, año LI, n.º 18, p. 71.

a sus propios familiares, aquellos actos o hechos de los que tuviera conocimiento en el ejercicio de su actividad y que afectarán el ámbito de la privacidad del paciente, vinculados específicamente a su enfermedad o a su vida en general».

4.1. Información del paciente sano

Primero, debemos de partir expresando que estar sano es un término que, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, abarca varios aspectos, no sólo el físico sino el interno, es decir el equilibrio que debe de existir tanto corporal como incorporalmente, estar sano es una categoría que encierra el concepto de plenitud de las funciones que realiza el hombre, y que si partimos de una concepción más biológica-médica, es el correcto funcionamiento del cuerpo humano.

Ante esta situación, su vinculación con el manejo de la información como de la intimidad, partiría de que los resultados, por ejemplo, de un chequeo periódico y normal para prevenir alguna enfermedad, no deberían de ser materia de divulgación sin la aprobación de la persona que se las realiza.

4.2. Información del paciente enfermo

Para este punto, debemos de expresar que la información médica es mucho más susceptible de afectar, tanto la reputación de la persona, como el hecho de traer cambios y trastornos en la vida de la persona que se encuentra, por ejemplo, en una situación delicada. Llámese así, por ejemplo, al momento o etapa del tratamiento de cualquier enfermedad.

Podemos expresar con seguridad que la persona es más propensa a verse afectada por este tipo de situaciones en las cuales, sin su consentimiento, se pone en conocimiento de la sociedad la enfermedad que padece. Es decir, partamos expresando que la divulgación sin permiso se constituye en un acto que, de acuerdo a nuestra normatividad civil, merecería una indemnización, debido a que la misma ha salido del ámbito de la confidencialidad para pasar a otros espacios donde ya la información se convierte en una de conocimiento público y sale del ámbito de la intimidad propia de la persona; Es decir, se rompe ese espacio y característica interna de la misma.

A esto debemos agregar que si la enfermedad que es materia del resultado médico, es una de carácter mortal y costosa, en la cual se involucra un desgaste y compromiso, no sólo de la principal persona que es el paciente, sino de todas las personas que están relacionadas con ella.

Existen Códigos de Ética de las principales instituciones que están vinculadas al tema de la salud (como son el Colegio Médico, de Enfermeros, etc.), las cuales sancionan a sus miembros que rompen el compromiso

de reserva que debe de existir en el manejo de la información de los pacientes, pero creemos que el manejo inadecuado y su consiguiente divulgación, traería consigo sanciones, tanto civiles como penales, claro está, luego de un estudio particular de cada uno y las consecuencias derivadas del mismo.

5. TRATAMIENTO OTORGADO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, EN TORNO AL USO DE LA INFORMACIÓN ÍNTIMA DE LA PERSONA

Nuestro actual Código Civil no es ajeno al manejo del ámbito interno del hombre, sobre todo el tema de la intimidad que, de un tiempo a esta parte, ha concitado un verdadero interés por la casuística civil en nuestro país. Como el tratamiento y la realidad que sobre el tema se ha venido dando, origina que la doctrina como la comunidad jurídica se manifieste en busca de dar salidas apropiadas a las exigencias que éstas proponen, ya que la modernidad ha permitido al hombre agenciarse de diferentes maneras de poder inmiscuirse en el ámbito interno de otras, con resultados negativos la mayoría de veces, ya que el objetivo es dañar a la persona como ser humano, desde un punto delicado y propio del mismo.

El tema de la intimidad desde el punto de vista civil no tiene muchos puntos diferentes al tema de la reserva médica en torno a la protección de su aspecto interno y propio, como es el manejo de la información.

Si bien nos encontramos en un ámbito donde la persona es el principal protagonista de la protección jurídica, tal y como es concebido en el Libro Primero de nuestro Código Civil, si apreciamos los derechos contenidos, encontramos que regulan de manera general ese aspecto necesario de protección. Por tanto, podemos expresar que los mismos se encuentran dentro de los denominados *derechos personalísimos*; es decir, esa categoría que se otorga a los derechos que pertenecen única y exclusivamente al ámbito del propio hombre. Estos derechos son considerados inherentes a la persona humana como tal, por el mismo hecho de serlo, como son la imagen, la reputación, la voz, etc.

6. UNA RELECTURA DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DEL CÓDIGO CIVIL

Podemos comenzar expresando que ambos artículos centran su estudio bajo el tema de lo que es la intimidad en el artículo 14. Lo que se ha buscado es darle una óptica doble al ámbito de la intimidad, tanto personal, propio de cada uno, es decir, busca un enfoque más singular y particular de ese aspecto interno, propio de cada persona, desde una innovación importante.

Es el tratamiento del tema, desde el punto de vista familiar, entendiéndose como el ámbito cerrado en el cual sólo determinadas personas tienen acceso al mismo, es decir, las personas que conforman la familia.

Un término que cobra relevancia en este artículo, es el del permiso o consentimiento de la persona por la cual ésta, en el pleno ejercicio de sus facultades, es la única que puede otorgar la autorización para que la sociedad o los interesados puedan tener acceso a ese ámbito. Podemos citar un ejemplo de vida personal e íntima cuando una persona conocida concede a una revista o canal de televisión un reportaje de su vida, hablando de su actividad diaria, sus formas de distracción, sus hábitos, como por ejemplo, sus compras, cuáles son sus marcas de ropa, libros favoritos, etc.

Con respecto al ámbito familiar, podríamos expresar que la misma se da con la exteriorización de los diferentes aspectos, en que la persona desarrolla sus actividades junto a su familia, en su diario quehacer, luego de realizar su diario trabajo o función, hay un aspecto del artículo 14 relevante, que pinta de cuerpo entero la vigencia de la familia; es decir, la protección que ésta realiza de la memoria o reputación del miembro de la misma. Es la familia la que otorga su permiso para conocer el aspecto interior de la persona integrante de esta familia que ha fallecido y que ya no se encuentra entre nosotros.

Para el artículo 16, toda aquella información interna de la persona que no haya sido obtenida con el permiso del caso, es categorizada como una información cuyo proceso de obtención, así como su valía, queda sin fundamento, ya que tanto las comunicaciones epistolares y telefónicas que atañen a situaciones propias con información confidencial, no pueden ser divulgadas sin la autorización respectiva.

Ahora, este artículo debe de tomar en cuenta el enorme proceso de avance de la tecnología, es decir, el común uso en la actualidad de los e-mails, así como también de los celulares; figuras que, en la fecha de dación de nuestro Código, no estaban vigentes, por eso, a dicho concepto se debe de buscar un afinamiento en el presente artículo, precisando su articulación moderna, como también el manejo de la información que se da por estas vías.

Recapitulando lo expresado en las líneas anteriores, debemos de señalar que antes del Código de 1984 no existía — como lo hace este cuerpo normativo — profundidad y regulación en este tipo de temas. Sobre lo acotado, expresa el profesor Arias-Schreiber lo siguiente:

Entre las novedades que trae el Libro I sobre Derecho de las Personas, están las normas en virtud de las cuales son válidas las estipulaciones sobre [...] la protección que se hace de la intimidad de la vida personal y

familia (artículo 14), la reiteración del principio de privacidad por cuya virtud la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin la autorización expresa de la persona o si ha muerto sin la de sus familiares.⁸

La falta de valor de la información obtenida por medios abyectos y no permitidos, se sustenta en la mala fe y la utilización de herramientas que buscan obtener esta información para fines de perjuicio o chantaje. Esta información, al momento de su utilización, perdería su sentido de validez. Coloquemos como ejemplo la interceptación de una conversación telefónica de dos personas que trabajan en una misma empresa que, sin el conocimiento de la misma, son pareja, teniendo uno de ellos una gran proyección dentro de la empresa.

Con el afán de perjudicarlo, sus colegas de trabajo que aspiran a su puesto, graban una conversación de la pareja y lo presentan en un sobre sin remitente a los jefes, perjudicando la carrera de la persona que tenía mayor proyección y, por ende, provocan la salida de ésta del trabajo. Este ejemplo es sólo una muestra de las múltiples circunstancias que se pueden presentar en el manejo inadecuado de la información, y los perjuicios que ésta pueda acarrear.

Aquí, como lo anota de manera acertada el profesor Morales Godo, lo que estamos tratando, es la vida privada, nos dice así el profesor San Marquino: «Comparamos la vida privada como un cono, en el que la base ancha del mismo es la parte más cercana a la vida social, pública y el vértice es la parte más alejada de la vida social, donde convergen los <datos sensibles> que serían los datos íntimos...».⁹

7. CONCLUSIONES

1. El tratamiento del presente tema implica el análisis de uno de los aspectos más íntimos como internos del hombre, a los cuales éste tiene únicamente acceso.
2. Que el avance tecnológico como la rapidez con el que se desarrolla el mundo de hoy, no ha permitido muchas veces llevar a cabo un adecuado control de las facultades y actos de que hacen uso los hombres.

8 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Luces y sombras del Código Civil*. Lima: Librería Studium, 1991.

9 MORALES GODO, Juan. «Análisis del artículo 14 del Código Civil». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, 2.^a Ed., tomo I, p. 124.

3. La información desde el punto de vista especializado otorga compromiso y responsabilidad en su manejo por todas aquellas personas que tienen contacto con la misma.
4. La trascendencia como el manejo moderno del presente tema, ha despertado cada vez mayores ópticas y desarrollos sobre el mismo, ya que es una constante encontrar en nuestra realidad diariamente, violación de la intimidad de las personas, por lo que denota una falta de comprensión cabal de la magnitud del tema.
5. Tanto el aspecto civil como el médico, expresan su unanimidad en otorgar a la información un rol relevante en el manejo de la misma, ya que la aceptación que ésta puede tener en manejos indebidos, puede ocasionar daños y consecuencias irreversibles, en la mayoría de ocasiones.

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: alcances de su responsabilidad objetiva

Guillermo Andrés Chang Hernández*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Actos de la administración sujetos a indemnización. – 3. La responsabilidad patrimonial del Estado. – 4. Sustentos normativos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. – 5. Responsabilidad objetiva, como criterio de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. – 6. Epílogo.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad en constante evolución, los riesgos de sufrir algún daño son cada vez más elevados, así las fuentes de producción de estos daños, así como los agentes a los cuales se les puede imputar responsabilidad, se han ido incrementando. Se habla ahora de una responsabilidad contractual, extracontractual, precontractual, laboral, etc. Se habla también de que los sujetos generadores de estos daños también se han ido ampliando, pues no sólo la persona natural, sino también la jurídica pueden causar algún daño.

* Docente de Derecho Civil de las Universidades Alas Peruanas y San Juan Bautista-sede Ica, Post-Gado por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España), Consultor Legal de la Dirección Regional de Energía y Minas de Ica.

Adicionalmente, dentro de estas últimas podemos incluir a las entidades públicas, que cuando en representación del Estado realizan alguna actividad productora de daño, están obligadas a repararlo. Esta producción de daños por parte de una entidad pública, obviamente en el ejercicio de funciones por parte de sus funcionarios, no sólo merece un tratamiento especial en cuanto a sus supuestos de atribución de responsabilidad, los conceptos indemnizables sino, de manera muy especial, en cuanto a la manera cómo hacer efectivo el pago de una eventual sentencia de pago de indemnización a cargo del Estado. Esto último, si bien no es un tema propio del sistema de daños, merece un énfasis especial porque de nada vale contar con el reconocimiento de un derecho si su disfrute deviene en una utopía.

En tal sentido, hoy podemos considerar al Estado un sujeto pasible de responsabilidad civil, pues el Estado no sólo es pasible de una responsabilidad administrativa por sus actos, sino que se le puede atribuir una responsabilidad civil que busque indemnizar los daños que ella genere, en consecuencia, debemos entender que responsabilidad civil y administrativa son dos instituciones distintas, así la responsabilidad administrativa origina una reacción de la misma entidad que se traduce en la potestad sancionadora de la administración que se puede reflejar en una multa, apercibimiento o suspensión, mientras que la responsabilidad civil, busca imputar al causante de algún daño la obligación de reparar los daños ocasionados por su conducta.

Por ello, creemos importante revisar las normas vigentes sobre la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas, así como estructurar un sistema que permita hacer responsable patrimonialmente al Estado, pero de manera eficaz y justa, lo que en muchas oportunidades es perseguido por el Derecho de Daños.

2. ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN SUJETOS A INDEMNIZACIÓN

Evidentemente, nuestra legislación contempla la posibilidad de que la administración produzca daños que deben ser soportados por los administrados, quienes a su vez tienen derecho a recibir una indemnización justificatoria, como es el caso de la expropiación (que no son actos antijurídicos, situación que sí es exigida en el sistema de responsabilidad civil extracontractual); sin embargo, al ser éstos casos comunes y hasta cierto punto claros en su aplicación, pues aquí existe un deber jurídico de soportar algunos actos de la administración que benefician el interés público; nosotros vamos a abordar aquellos supuestos en que la administración causa daño a terceros sin que éstos tengan la obligación de soportarlos y además cuando estos daños son producto de la negligencia o inercia estatal.

Obviamente, nos centramos aquí en las conductas mediante actos de gobierno o administrativos, e incluso a las omisiones, que generen daños a las personas, no así a los actos políticos o jurisdiccionales del Estado, pues los primeros generalmente dan pie a una responsabilidad de esa misma naturaleza y los segundos pueden ser reparados conforme a la Ley n.º 24973 —Ley de errores judiciales— o mediante el proceso de responsabilidad civil de los jueces, contenido en el Código Procesal Civil. Hace poco, por ejemplo, nuestro país cumplió un fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹ que obligaba pagar a la procesada por terrorismo María de la Cruz Flores, la suma de US\$319,000.00, toda vez que durante su detención o procesamiento se vulneraron sus derechos fundamentales.

Una premisa adicional es afirmar que si consideramos al Estado responsable como lo es cualquier particular, ante los actos dañosos que produzcan (es decir por acto u omisión), como lo puede ser la ineficiencia en la prestación de los servicios públicos, el retardo en la emisión de un acto administrativo o incluso por la emisión del mismo de manera irregular, etc., empero esta responsabilidad de la administración pública merece un tratamiento especial, respecto a la responsabilidad atribuida a un particular o incluso a la de una persona jurídica, evidentemente, por su condición especial de entidad pública.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad civil se traduce de manera genérica en la obligación del sujeto, causante de algún daño, de indemnizar el mismo. De este modo el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamental de la responsabilidad civil. A tal cuenta que sin daño no hay responsabilidad civil, lo cual no implica la inexistencia de una responsabilidad penal o administrativa, de acuerdo al caso concreto.²

Asimismo, la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida en relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.³

1 Fallo del 18 de noviembre del 2004.

2 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «Apuntes sobre la Responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano». En *Revista Foro Iqueño*, n.º 1, p. 5.

3 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad civil*. Lima: Ed. Grijley, 2003, p. 29.

El profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha don Fernando Reglero Campos,⁴ sobre la responsabilidad civil nos dice «[...] que cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre de que el incumplimiento o el daño le sea imputable, afirmando que la responsabilidad descansa sobre un determinado título de imputación. Esto quiere decir que el nacimiento de todo sistema de responsabilidad lo encontramos en el incumplimiento de una obligación o cuando éste se hace de manera tardía o defectuosa, especialmente en aquellas relaciones previamente establecidas (ley, contratos, cuasicontratos), que lleva además aparejada la sanción del incumplimiento.

Esta responsabilidad imputada generalmente a un particular también puede ser atribuida a un ente estatal, ello acorde a las corrientes hoy mayoritarias que admiten la responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea contractual o extracontractual, así lo expresa también nuestra legislación cuando precisa en el artículo 238 de la Ley n.º 27444 – Ley del Procedimiento administrativo General – modificado por el Decreto Legislativo n.º 1029, que «Sin perjuicio de las responsabilidades previstas 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 aquéllos».

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, hoy no se discute, así el profesor Castro Pozo, manifiesta: «Es claro que las entidades públicas se encuentran en la posibilidad de causar situaciones que dañen derechos e interés de terceros, de modo que tienen que asumir las mismas responsabilidades de cualquier particular en cuanto a su actuación si daña situaciones jurídicas de los administrados».⁵

Sin embargo, esto no siempre fue así, en los albores de nuestra legislación civil, se negaba esta responsabilidad, por ello tenemos que durante la vigencia del Código Civil de 1852 primó la convicción de que al Estado, en principio, no puede exigírsele responsabilidad civil porque sus actos están protegidos por la inmunidad. Esta tendencia sufrió cierta variación a partir de la jurisprudencia posterior al Código de 1936, las ejecutorias Supremas ya no consideraban al Estado como irresponsable civilmente, sino que intentaban más bien precisar los alcances de su responsabilidad.

4 REGLERO CAMPOS, Fernando. «La responsabilidad civil: conceptos generales y elementos de delimitación». En *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Ed. Thomson, 2006, p. 66.

5 CASTRO POZO CHÁVEZ, Hildebrando. «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, hacia un Estado que evita daños pasibles de indemnización». **OJO COMPLETAR CITA**

En este orden de ideas, posteriormente la jurisprudencia reconoce al Estado como responsable civilmente por daños causados intencionalmente, por actos arbitrarios, actos negligentes, por defectuoso mantenimiento de los servicios públicos e incluso por daños cometidos en su actividad privada.

Este desarrollo jurisprudencial y algunas corrientes doctrinarias foráneas y nacionales produjeron que el proyecto del Código Civil elaborado por la Comisión de Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, atribuyera en su artículo 2041, responsabilidad patrimonial al Estado por deficiencia de los servicios públicos o por el defectuoso mantenimiento de la propiedad estatal, productora de daños, entre otros supuestos; sin embargo, esta propuesta ni siquiera llegó a debatirse abiertamente, pues fue suprimida del proyecto. Así, su proponente, el doctor Fernando de Trazegnies, sobre el particular expresa, «[...] Lamentablemente esa propuesta de norma no fue objeto de comentario alguno durante la discusión pública del proyecto. Y la Comisión Revisora decidió simplemente suprimirla aduciendo que la responsabilidad del Estado estaba contenida en los principios generales establecidos por los artículos 1969 y 1970, y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse asediado por juicios de responsabilidad civil».⁶

Ya, dentro de los alcances de nuestro Código Civil vigente, encontramos responsabilidad patrimonial del Estado, en los artículos 1969, 1970, 1979, 1980 y 1981, atribuyéndole ésta como a cualquier ente jurídico, pues recordemos que los codificadores de 1984 no desconocieron la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que trataron de solaparla de manera general en los artículos 1969 y 1970.

4. SUSTENTOS NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La evolución que ha experimentado la responsabilidad patrimonial del Estado, ha merecido hoy un casi unánime reconocimiento legislativo, en el sentido de que cualquier ente público privado, productor de daños a terceros, está obligado a repararlos. Sin embargo, debido a que este reconocimiento ha sido resistido, queremos recordar algunas ideas que lo hicieron posible.

Una primera idea fundamental es la que establece que esta responsabilidad patrimonial del Estado, es parte esencial del Estado de Derecho. El

6 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La responsabilidad extracontractual». Lima: Ed. PUCP, 1988, 1.ª Ed., tomo II, p. 227.

profesor español Luis Coscolluela, expresa sobre el tema: «El fundamento de la exigencia de responsabilidad a la administración pública, es hoy día obvio, por aplicación, en último término por las consecuencias del Estado de Derecho que impone la sumisión de la administración pública al ordenamiento jurídico, como cualquier otro sujeto de derecho».⁷

Esta paridad entre la administración pública y los particulares es —creemos— el sustento fundamental para exigir responsabilidad por los daños generados por el propio Estado, obviamente representado por el extensísimo aparato Estatal, conocido como Administración Pública. Este *status* fue la evolución del reconocimiento del Estado, representados por las diversas entidades públicas, como sujeto de derechos y obligaciones.

Conforme se ha detallado, la doctrina de la inmunidad soberana del Estado en materia de responsabilidad contractual o extracontractual se encuentra en franco retroceso en el mundo,⁸ por lo cual nuestra doctrina y legislación la niegan casi mayoritariamente.

No sólo creemos que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que genere, en base al unívoco principio de igualdad entre el ciudadano y el Estado, sino que además debe encuadrar tal responsabilidad de las normas legales aplicables a la materia.

En primer término vemos que en nuestro Código Civil, conforme ha sido la voluntad de los codificadores de 1984, la atribución de responsabilidad patrimonial al Estado recibe un tratamiento igual que cualquier ente jurídico, así se encuentra inmersa en los supuestos contenidos en los artículos 1969 y 1970, por citar algunas normas, normas que contemplan la responsabilidad extracontractual por culpa y la responsabilidad por la utilización de un bien riesgoso o peligroso, o por la realización de una actividad riesgosa o peligrosa.

Estas normas hacen responsable patrimonialmente al Estado, ante la producción de algún daño, como a cualquier otro miembro de la sociedad, pues ya es sabido que tales exigencias descansan en la obligación genérica del *lemine laedere*, es decir de «no causar daño a nadie», obligación que no es ajena al Estado, empero estos dos criterios de atribución de responsabilidad, el de culpa y el objetivo, que entendemos son aplicados a determinados casos concretos, lo que obviamente implica un régimen distinto en cuanto a los diferentes criterios de atribución de responsabilidad (subjetivo u objetivo), que implica una particular forma de determinación de la

7 COSCOLLUELA MONTANER, Luis. «Manual de Derecho Administrativo». Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 26.ª Ed., 2006, tomo I, p. 582.

8 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La responsabilidad extracontractual». *Op. cit.*, p. 243.

carga probatoria, etc. Entre los criterios de atribución de responsabilidad contenidos en los precitados artículos 1969 y 1970, le corresponde a la administración, a nuestro entender, el contenido en el segundo, es decir una responsabilidad objetiva. Nos explicamos por qué.

En primer término, nos encontramos con una posición negativa, es decir, descartando la responsabilidad por culpa de la administración. Este criterio de atribución de responsabilidad se relaciona estrechamente con la comisión de un acto ilícito. Así la culpa, conforme a la doctrina y legislación predominantemente posterior al Código francés de 1804, es aquella culpa objetiva, entendida por el profesor Juan Espinoza de la siguiente manera: «[...] Es la culpa por la violación a las leyes, la culpa es *in re ipsa*, vale decir, el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, éste es responsable. [...] También se le llama culpa *in abstracto*, la cual se opone a la culpa *in concreto* o subjetiva».⁹

Más adelante, citando a Trimarchi, el doctor Espinoza Espinoza, expresa: «Doctrina tradicional francesa advierte que apreciar la culpa *in concreto* es examinar el estado espiritual del agente, averiguar si su conciencia le reprocha algo. Apreciar la culpa *in abstracto* es preguntarse, sin entrar en semejante averiguación, lo que habría hecho otra persona en las mismas circunstancias, proceder por comparación con la conducta de un tipo abstracto».¹⁰

Obviamente, conforme se detallará más adelante, también le es atribuible al Estado responsabilidad por daños, conforme a los artículos 1979, 1980 y 1981 del Código Civil.

Por otro lado, nuestro país ha optado por reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado dentro de una norma de Derecho Público, como lo es la Ley del Procedimiento administrativo, pues en el artículo 238 de la citada norma, reconoce aunque con defectos y omisiones, este tipo de responsabilidad, lo cual será analizado más adelante.

5. RESPONSABILIDAD OBJETIVA COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A esta altura de nuestro trabajo y del desarrollo doctrinario que ha merecido la materia, es incuestionable la atribución de responsabilidad civil a la Administración Pública en la producción de daños a terceros; sin embargo, resulta necesario conocer el sustento dogmático de esta responsa-

9 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, Quinta edición, 2002, p. 137.

10 *Idem*.

bilidad. Lo que vale preguntarse es ¿por qué el Estado debe responder por conductas, a veces negligentes, de sus trabajadores? ¿Esta responsabilidad es una por culpa o dolo del causante directo del daño (funcionario) o le es atribuible al causante indirecto (la Administración)? o ¿por qué la responsabilidad atribuible al Estado debe ser objetiva?

Una premisa inicial la constituyen, por un lado, las particulares potestades que ostenta la Administración Pública que le permite recortar, reconocer, limitar o suspender derechos, la capacidad de producir, con sus actuaciones, efectos jurídicos dentro de la esfera jurídica de los particulares; y por el otro, la gama de obligaciones que tiene el Estado para con los ciudadanos, enmarcados dentro de la Carta fundamental como en las demás leyes que así lo establecen, lo cual implica la prestación de determinados servicios públicos que, naturalmente, conlleva a la responsabilidad por conductas omisivas y es, fundamentalmente, esta última parte la que merece un análisis especial, a efectos de determinar el alcance de la responsabilidad civil del Estado, en temas sumamente sensibles, no sólo por su relevancia económica, sino por los aspectos sociales y políticos.

Conforme lo anota Fernando de Trazegnies, la responsabilidad del Estado la podemos sustentar en los artículos 1969, 1970, 1979, 1980, 1981, etc., pues dichas normas contienen el siguiente precepto «aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro [...]», «aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa daño a otro [...]», «el dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause [...]», «el dueño de un edificio es responsable por el daño que origine su caída [...]», «aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último [...]», respectivamente, y obviamente, el Estado, como ente jurídico, puede causar daño por acto doloso o culposo o por un bien riesgoso o peligroso; ser dueño de un edificio o de un animal, etc.

Asimismo, resulta importante la responsabilidad objetiva que atribuye el artículo 1981 del Código Civil, de quienes tengan a cargo a otras personas, así el artículo 1981 de nuestro Código Civil, enmarca su responsabilidad como titular de las acciones que realiza el personal a su servicio, incluyendo, obviamente a una entidad pública. Sin embargo, tampoco encontramos una identificación especial entre el Estado y la actividad y el evento dañoso, pues una persona natural o jurídica también tiene dependientes, más aún es lógico que se causa daño a otro por un acto doloso o culposo, por la realización de una actividad riesgosa o peligrosa o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, como actividades genéricas de personas, sean naturales o jurídicas, mas no como una característica común del Estado.

Incluso, podemos agregar que el Estado no es aquél que causa daño

(sino el aparato administrativo que en su representación realiza determinadas actividades) o que el Estado no realiza o maneja una actividad o bien riesgoso o peligroso (sino sus empleados).

Por ello, ampararnos en el citado artículo 1981 del Código Civil, no sólo va a connotar una simple variación de la norma aplicable, sino que además conlleva a una variación del criterio de atribución de responsabilidad a las Entidades Públicas, y pasar de uno subjetivo o por culpa, a uno objetivo, contenido en el citado artículo 1981 del Código Civil.

En tal sentido, el citado artículo 1981 del Código Civil muestra ciertos inconvenientes, como lo es la atribución de responsabilidad vicaria frente al resarcimiento del daño, pues esto implica, en el caso de responsabilidad civil de una entidad pública, que tanto el subordinado (llámese trabajador o empleado público, en nuestro caso) y el autor indirecto (entidad pública) pueden asumir indistintamente sin prelación las consecuencias económicas del daño.

Esto no ocurriría en el caso de un daño ocasionado por una entidad pública, a través de un funcionario público, claro está que en ejercicio de su cargo o en el cumplimiento de un servicio, pues aquí, en primer término, responde la entidad y sólo después de ello, lo hace el autor directo o funcionario, a manera de repetición, pero ya no a favor de la víctima, sino de la propia entidad que se encargó de asumir el pago de la indemnización del caso, es decir, la responsabilidad administrativa del Estado no es una vicaria o solidaria, sino una directa.

Lo antes anotado resulta fortalecido con la modificatoria efectuada al artículo 238 de la Ley n.º 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General—, mediante Decreto Legislativo n.º 1029, que atribuye de manera menos camuflada, una responsabilidad objetiva como criterio de atribución de responsabilidad civil al Estado, por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

Así tenemos que el actual numeral 238.1 del artículo 238 de la Ley n.º 27444, señala: «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 o inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas».

Sobre esta posición, Morón Urbina,¹¹ comentando el citado artículo 238 de la Ley n.º 27444, incluso antes de su modificatoria, refiriéndose a

11 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, 5.ª Ed., p. 658.

la responsabilidad patrimonial de la Administración, expresa: «Las notas características de esta responsabilidad patrimonial de la Administración son las siguientes: responsabilidad directa extracontractual (al margen de cualquier relación jurídica que pudiera establecerse entre ambos), objetiva (es un mecanismo objetivo de reparación de perjuicios y no sanción por determinados comportamientos inadecuados, por lo que es independiente del concurso de culpa, negligencia o dolo de sus funcionarios) y de determinación judicial (la cuantificación e imposición del mandato de indemnización corresponde a las autoridades jurisdiccionales).

El primer precepto de la responsabilidad del Estado por los actos de sus subordinados, está contenida claramente, como ya se ha dicho, en la Ley n.º 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo—, como norma general que regula la responsabilidad de las entidades administrativas. Marco normativo que estimamos es insuficiente, pues no obstante el gran dilema que genera atribuir responsabilidad objetiva a los daños que generen las entidades públicas, sólo se dedica un artículo para ello, dejando en el vacío algunos aspectos que deben ser regulados.

Respecto a la responsabilidad directa o indirecta que se le atribuye a la administración, estimamos que conforme a la legislación nacional vigente, es una tímida atribución directa, pues no precisa en la norma especial aplicable (artículo 238 de la Ley n.º 27444) que dicha responsabilidad sea directa y objetiva, sino que nos invita a una interpretación creativa conjuntamente con las normas del Código Civil.

Para atribuirle esta responsabilidad conforme al artículo 238 de la Ley n.º 27444, entendemos que se hace conforme a la teoría del órgano, pues se señala que la administración es responsable por los daños directos e inmediatos causados por sus actos, pues de no sustentarse en dicha teoría, no habría responsabilidad del Estado. En tal sentido, no debemos olvidar que, ya sea mediante la asunción de la teoría del órgano vía el artículo 238 de la Ley n.º 27444, o si asumimos la teoría del daño causado por el dependiente, vía el artículo 1981 del Código Civil, nuestra legislación atribuye una responsabilidad objetiva a los actos dañosos de las entidades públicas.

De igual forma, queremos agregar que no obstante estar en desacuerdo con la redacción del artículo 238 de la Ley n.º 27444, al no ser enfática, es la norma que sustenta la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del Estado, es decir, una directa e inmediata.

Asimismo, debido a su mayor desarrollo y a la no prohibición de la norma especial (Ley n.º 27444), podemos echar mano de las normas contenidas en el Código Civil, fundamentalmente, la contenida en el artículo 1969 del Código Civil, pues puede darse el caso de que la entidad que presta servicios no sea una entidad pública (empresa que presta servicios de seguridad ciudadana o de limpieza pública), en donde no cabría

aplicar la teoría del órgano para imputar responsabilidad a la entidad pública responsable (Municipalidad). Sin embargo, el artículo 1981 del Código Civil, sí podría ser aplicable, toda vez que esta empresa, mediante contrato o convenio respectivo, entabla una relación de dependencia con la Administración.

En otras latitudes ya se ha dado este paso, atribuyendo una responsabilidad directa y objetiva a los actos dañosos del Estado, sustentando esta posición en la teoría del órgano, así Dromi¹² señala «[...] la responsabilidad directa es la que le corresponde al Estado por la actuación de sus órganos» y además el mismo autor agrega «[...] la responsabilidad del Estado es indistinta y no meramente subsidiaria de la del funcionario. Es el propio Estado quien debe procurar hacer efectiva la responsabilidad del funcionario y no hacer cargar al damnificado el peso de tal deber, pues no ha tenido ninguna incidencia en la designación del funcionario».¹³

Resulta importante también recordar que nuestro ordenamiento legislativo, reconoce a la responsabilidad objetiva como criterio de imputación o atribución de responsabilidad en temas específicos, fundamentalmente a mérito de la actividad o el riesgo producido. Es decir, el artículo 284 de la Ley General del Ambiente regula de esta manera los casos en los que apreciamos que la atribución de este tipo de responsabilidad responde a fundamentos especiales, como lo es el daño generado y el riesgo o peligrosidad de la actividad, respectivamente, empero el espíritu es siempre la particularidad del caso.

Asimismo, tenemos los supuestos de responsabilidad objetiva contenidos en la Ley General del Ambiente, en donde se tiene que esta norma obliga a reparar y responder objetivamente por los daños ambientales, entendido como todo lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que no se altere de un modo perjudicial, sus condiciones naturales de vida, bajo la premisa de que la conducta que se realiza es de riesgo. Es decir, el fundamento primordial para atribuir responsabilidad objetiva es la actividad en sí y no la persona o entidad que la produce.

En efecto, frente a este tipo de daños, la legislación ha impuesto como factor de atribución de responsabilidad el objetivo y como quiera que un daño ambiental puede ser producido por un particular o por una entidad pública (por acción u omisión) también le es aplicable una responsabilidad objetiva a esta última, aunque ésta ya no por su condición misma de

12 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, 1.^a Ed., tomo II, p. 372.

13 *Idem*, p. 373.

entidad pública, sino por la actividad o el tipo de daño producido, lo que resulta importante a la hora de estudiar la atribución de responsabilidad objetiva al accionar dañoso del Estado, pues en el daño ambiental, sólo se le atribuye este tipo de responsabilidad, no por su condición propia de entidad pública sino por la actividad que realiza.

Sin embargo, tomamos este ejemplo del daño ambiental, pues creemos que el fundamento para atribuirle como factor de atribución este tipo de responsabilidad, resulta interesante, para sustentar nuestra posición, pues aquí se funda en el riesgo creado por actividades extraordinarias. Empero, esto nos permite apreciar que es válido atribuir una responsabilidad objetiva por circunstancias extraordinarias o especiales, así creemos que la actividad que desarrollan las diversas entidades públicas en relación a los administrados y que, como consecuencia directa de la prestación de un servicio o por el desarrollo de las funciones mismas de la entidad, bien podría calificarse de especiales, sujetas también a un criterio de imputación de responsabilidad objetiva.

Por nuestra parte, creemos que el Estado, representado por la Administración Pública, está cada día más inmerso en nuestras relaciones particulares o de vida en sociedad (mediante controles sanitarios y ambientales, entre otros), la carga tributaria es amplia y, por ende, la prestación de servicios a cargo del Estado se incrementa, ya no sólo como correlato del pago de nuestros tributos, sino por la ramificación de su participación en relación con los administrados, lo que, en algunos casos, ubica al aparato estatal en cierta posición de dominio o monopólico, que amerita una responsabilidad objetiva del Estado.

Sobre la responsabilidad objetiva del Estado, el administrativista argentino Roberto Dromi, señala: «Los casos de responsabilidad estatal por los daños que origina la actividad administrativa legítima son numerosos, y entre ellas se encuentra la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando ella fuera procedente, y siempre que se observen las garantías constitucionales. Esta responsabilidad del Estado es objetiva, con total prescindencia de la noción de culpa, siendo su fundamento el principio de la justicia legal o general que demanda la igualdad ante las cargas públicas [...]».¹⁴

Las críticas al reconocimiento firme de la responsabilidad objetiva del Estado, se centra en el riesgo económico a que se somete el aparato estatal; sin embargo, estimamos que una entidad pública, frente a los daños que comete, no tiene por qué ser tratada de manera dócil, pues

14 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 1.^a Ed., 2005, tomo II, p. 385.

recordemos que el fin supremo del Estado es la persona humana y la protección a sus derechos personalísimos y patrimoniales deben estar garantizados, en primer momento, por el propio Estado, por ello es inconcebible señalar que si un particular daña, indemniza; pero si el Estado daña, no lo hace.

Asimismo, ha sido el propio Estado que impuso a los particulares la contratación de un Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), pues de la misma forma, si se cree que el incremento del pago de montos, producto de la responsabilidad objetiva Estatal, causaría desbalance al erario, creemos oportuno que también cada entidad Pública adquiriera un seguro, como así se hace en países como España y otros.

Además, creemos que bajo esta premisa, las autoridades deben asumir su responsabilidad como cualquier otro miembro de la sociedad, a la hora de tomar una decisión dañosa para los administrados y como quiera que la Administración Pública pueda monitorear esta actividad, los abusos y daños producidos por entidades públicas disminuirán notablemente.

De una lectura preliminar del citado artículo 238 de la Ley n.º 27444, los elementos esenciales para que exista una responsabilidad patrimonial del Estado, son el daño directo e inmediato y el acto mismo de la Administración.

En tal sentido, conforme se ha señalado anteriormente, verificado el cumplimiento de ambos requisitos, no existe posibilidad alguna de liberación de responsabilidad para el autor indirecto, quien no podrá invocar su ausencia de culpa. En la doctrina clásica tradicional de la responsabilidad civil, se entendía que dicha responsabilidad indirecta del principal por los hechos del subordinado se fundamentaba en la culpa en la elección (*culpa in eligendo*), con lo cual muchas veces el autor indirecto podía liberarse de responsabilidad civil demostrando su ausencia de culpa.

Conforme al artículo 238 de la Ley n.º 27444, ni mucho menos de acuerdo a las normas del Código Civil actual (recuérdese que la norma administrativa antes citada no excluye la aplicación del Código Civil), no es posible el argumento de defensa de la ausencia de culpa, por cuanto, este supuesto especial de responsabilidad indirecta (aun si se trata de fundamentar esta responsabilidad mediante el artículo 1981 del Código Civil, que estimamos debe hacerse de forma sólo subsidiaria), no se sustenta en la noción de culpa en la elección, sino en un factor de atribución objetivo, denominado «garantía» que prescinde totalmente de la culpa.

Finalmente, somos los ciudadanos quienes haremos que el Estado sea más responsable, por lo cual debemos entender que nadie, mucho menos el Estado, puede causar daños sin repararlos, por lo cual, ante esta

eventualidad de un daño producido por algún acto de una entidad pública, estamos habilitados para exigir el pago de la indemnización correspondiente.

6. EPÍLOGO

La responsabilidad patrimonial del Estado es una objetiva, conforme al artículo 238 de la Ley n.º 27444 y la entidad sólo puede liberarse de responsabilidad cuando acredite caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o del administrado damnificado.

Asimismo, no olvidemos que el artículo 238 de la Ley n.º 27444 no restringe las responsabilidades contenidas en el Derecho Común (Código Civil), razón por la cual, todo lo no previsto en la ley administrativa puede regirse por la ley civil.

Estimamos que a efectos de que los tribunales nacionales empiecen a reconocer responsabilidad patrimonial al Estado, por sus actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones legalmente atribuidas, debe acentuarse la responsabilidad objetiva en estos supuestos, dentro de un Estado de Derecho en donde el ciudadano y el Estado tengan las mismas consecuencias por sus actos dañosos.

En tal sentido, consideramos que la atribución objetiva de responsabilidad patrimonial al Estado, debe ser establecida de manera clara y directa, a efectos de proteger al dañado, lo cual no quiere decir que el Estado responda siempre, pues la actual Ley n.º 27444, establece determinados supuestos que permiten liberarse de culpa a la administración.

Para concluir, estimamos que esta forma de atribuir responsabilidad patrimonial al Estado, no debe aletargar los actos de la Administración, por temor a una demanda indemnizatoria, pues lo que se busca es una Administración Pública eficiente, que el Estado sea responsable por sus actos, además, conforme lo expresa Luis Martín Rebollo, «Que la Administración actué, pero que actué pronto, bien y eficazmente, y que si causa daño y, sobre todo, por hacerlo mal o tarde o por no actuar expresamente y mediante pautas fijadas, está obligado a ello, que pague por su mal funcionamiento, por su inactividad».

Se terminó de imprimir, en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C. el mes de agosto de 2010,
www.grandezgraficos.com Teléf.:(511)531-4658.

