

LIBRO DE PONENCIAS DEL XIIIº
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Mario Castillo Freyre
Pascual Eduardo Alferillo
Henry Huanco Piscoche
Roger Vidal Ramos
Andre Vasconcelos Roque
Thiago Rodovalho
José Antonio Beraún Barrantes
Fort Ninamancco Córdova
Guillermo Andrés Chang Hernández
Carlos Antonio Agurto González
Carlos Manuel Valdivia Rodríguez
Jhoel Chipana Catalán
Emilio José Balarezo Reyes
Marco Carmona Brenis

Libro de Ponencias del XIIIº Congreso Nacional de Derecho Civil



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima - 2018

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Guillermo Chang Hernández
Jessica López Casas	José Antonio Bereùn Barrantes
Rocío Paredes Cueva	Juan Miguel Rojas Ascon
Emely Melendres Gavilán	Marco Carmona Brenis
Emilio Balarezo Reyez	Juan Enrique Sologuren Alvarez
Sheila Vidal Ramos	Alan Berrospi Acosta
Indhira Vidal Ramos	

MIEMBROS ASOCIADOS

Hany Romani Arbieto	Fernando Jump Figueroa
Eloy Alberto Calderón Villanueva	Augusto Garate Abad
Héctor Josué Verástegui Huaynate	Donald Gómez Domínguez
Cesar Samame Cornejo	

MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gastón Fernández Cruz
Luis Moisset de Espanés	Jorge Beltrán Pacheco
Mario Castillo Freyre	Enrique Varsi Rospigliosi
Fernando de Trazegnies Granda	Maria Elena Guerra Cerrón
Fernando Vidal Ramírez	Alex Placido Vilcachagua
Andre Roque	Thiago Rodovalho

LIBRO DE PONENCIAS DEL XIIIº CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición, setiembre de 2018

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 - 4216976
ipdc@conadecivil.com – www.ipderechocivil.com – www.conadecivil.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° 2018-.....

Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	
Mario Castillo Freyre	7
Pascual Eduardo Alferillo	
<i>Clasificación de las tipologías de daño</i>	9
Henry Huanc Piscoche	
<i>La seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria en el Perú</i>	43
Roger Vidal Ramos	
<i>Aspectos generales del contrato de suministro en el Código Civil peruano</i>	57
Andre Vasconcelos Roque	
<i>El arbitraje con entes estatales en Brasil después de la reforma de 2015</i>	
<i>Arbitration involving state entities in Brazil after the 2015 reform</i>	71
Thiago Rodovalho	
<i>O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do ncpc art. 139 inc. iv (atipicidade dos meios executivos)</i>	101
José Antonio Beraún Barrantes	
<i>La posesión en el derecho civil peruano: doctrina y jurisprudencia</i>	117

Fort Ninamanco Córdova <i>¿Qué son y cómo se aplican los Plenos Casatorios Civiles?</i>	135
Guillermo Andrés Chang Hernández <i>Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional; yerros y precisiones</i>	185
Carlos Antonio Agurto González <i>La codificación civil europea y el desafío de la unidad jurídica del derecho privado en América Latina</i>	193
Carlos Manuel Valdivia Rodríguez <i>Evaluación de la responsabilidad civil por la mala praxis médica</i>	199
Jhoel Chipana Catalán <i>Las «doctrinas jurisprudenciales» establecidas por el I Pleno Casatorio Civil</i>	217
Emilio José Balarezo Reyes <i>La Ley de la Hipoteca Inversa, reflexiones, vicisitudes y expectativas desde la perspectiva de su utilidad patrimonial y jurídica</i>	239
Marco Carmona Brenis <i>Del divorcio por causal, al divorcio incausado</i>	253
Mario Castillo Freyre <i>Comentarios a algunas propuestas de reforma contenidas en el Libro de Familia del Proyecto de Modificación «no oficial» del Código Civil</i>	265

PRÓLOGO

El libro que ahora presentamos recoge ponencias de los temas que fueron objeto de exposición en el XII Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya organización está a cargo de mi amigo, profesor Roger Vidal Ramos, presidente del Instituto Nacional de Derecho Civil, del cual tengo el honor de ser Miembro Honorario.

De esta forma, es muy grato para mí prologar la presente obra, ya que en ella los lectores podrán encontrar aportes sobre distintos temas de gran importancia en el ámbito del derecho civil, los mismos que fueron realizados por connotados profesores especialistas, tanto peruanos como extranjeros.

Así, contamos con los trabajos de Pascual Alferillo, Clasificación de las tipologías de daño; Henry Huanco Piscoche, La seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria en el Perú; de Roger Vidal Ramos, Aspectos generales del contrato de suministro en el Código Civil peruano; de Andre Roque, El arbitraje con entes estatales en Brasil después de la reforma de 2015; de Thiago Rodovalho, El necesario diálogo entre doctrina y jurisprudencia en la concretización del NCPC art. 139 inc. iv (atipicidad de los medios ejecutivos); de José Antonio Beraún, La posesión en el derecho civil peruano: doctrina y jurisprudencia; de Fort Ninamanco, ¿Qué son y cómo se aplican los plenos casatorios civiles?; de Guillermo Chang, Daños punitivos: El aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional; yerros y precisiones; de Carlos Agurto, La codificación civil europea y el desafío de la unidad jurídica del derecho privado en América Latina; de Carlos Valdivia, Evaluación de la responsabilidad civil por la mala praxis médica; de Jhoel Chipana, Las «doctrinas jurisprudenciales» establecidas por el I Pleno Casatorio Civil; de Emilio Balarezo, La ley de la hipoteca inversa, reflexiones, vicisitudes y expectativas desde la perspectiva de su utilidad patrimonial y jurídica; de Marco Carmona, Del divorcio por causal, al divorcio incausado; y, finalmente, un trabajo escrito por mí, titulado Comentarios a algunas propuestas de reforma contenidas en el Libro de Familia del Proyecto de Modificación «no oficial» del Código Civil.

En ese sentido, felicito al Instituto Peruano de Derecho Civil, por perseverar en la realización de estos congresos y permitirnos compartir experiencias y conocimiento con todo el Perú.

Estoy convencido de que la presente obra constituirá un necesario material de consulta para profesores, alumnos y todos aquellos interesados en el derecho civil.

Lima, agostoo del 2018

*Mario Castillo Freyre**

*

Abogado, Magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las Colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.estudio@castillofreyre.com.

Clasificación de las tipologías de daño

*Pascual Eduardo Alferillo**

Sumario: I. Introducción. – II. Los nuevos paradigmas. – 2.1. La constitucionalización del derecho privado. – 2.2. La evolución científica en el conocimiento del hombre. – III. La valoración y clasificación de los daños. – 3.1. Preliminar. – 3.2. La clasificación de los daños. – 3.2.1. Necesidad de un replanteo de las clasificaciones clásicas. – 3.2.2. Una clasificación de los daños compatibilizada. – IV. Los cambios más importantes en la valoración de los daños. – 4.1. Análisis de las consecuencias económicas. – 4.2. Análisis de las consecuencias morales. – 4.3. El desvinculo del daño moral con el daño psíquico. – 4.3.1. El daño psíquico no es autónomo del moral. – 4.3.2. El perjuicio psíquico tiene autonomía conceptual, pero no resarcitoria del moral. – 4.3.3. El menoscabo psíquico es autónomo del moral. – 4.4. Criterios para tipificar el desvinculo del daño psíquico del moral. – 4.4.1. Configura una afección patológica. – 4.4.2. Alteración profunda del equilibrio emocional. – 4.4.3. Merma funcional del compuesto humano. – 4.4.4. Debe producir una alteración psíquica permanente. – 4.4.5. El menoscabo a la integridad psíquica es un daño material. – 4.5. Nuestro pensamiento sobre la relación entre el daño psíquico y el moral. – 4.5.1. El daño psíquico tiene identidad ontológico. – 4.5.2. No existe acuerdo sobre la identidad ontológica del daño moral. – 4.5.3. El «daño moral» en el Código Civil y Comercial. – 4.6. La incorporación del daño por interferencia al proyecto de vida. – 4.6.1. Conceptualización. – 4.6.2. La relación con la «pérdida de». – V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, se observa una creciente preocupación en la doctrina jurídica por el fenómeno que se presenta en el derecho de daños, relacionado con la proliferación de tipos de perjuicios que no encuadran en las tradicionales denominaciones que puede sufrir una persona.

Esta situación genera la interrogante de conocer, si realmente estamos ante

* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Notario público de la ciudad de Córdoba. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza (Argentina). Profesor y jurista renombrado.

una propagación de nuevos tipos de daño o si, por el contrario, es una readecuación de los rubros tradicionales a las exigencias y conocimientos de la sociedad actual. Ello, por cuanto algunos investigadores plantean como interrogante si el reconocimiento judicial de las nuevas especies de perjuicios, cumple con la exigencia de una reparación integral o, si configura un abuso por parte de quienes reclaman el resarcimiento.¹

Sin lugar a hesitación, la temática propuesta es un dilema jurídico que se presenta en distintos países con matices propios. Ello impone el deber de indagar desde la perspectiva de cada sistema normativo, con una visión interdisciplinaria, acerca de cuáles son las razones jurídicas, sociales y científicas que produjeron la ruptura de los paradigmas clásicos y el surgimiento de nuevos rubros indemnizables.

A partir de ello, será menester revisar si las clásicas respuestas de los autores y tribunales, alcanzan para comprender en su real dimensión la fenomenología actual del resarcimiento de los daños; pues, en caso de una respuesta negativa, el desafío se traslada a buscar otras alternativas para valorar, calificar y clasificar adecuadamente, siguiendo pautas científicas cada rubro y, de ese modo, realizar una justa cuantificación de los mismos.

Todo este análisis, debe ser realizado teniendo presente la importancia que tiene el lenguaje en la identificación y conceptualización de cada tipo de daños. Ello, sin duda, es una problemática compleja que debe ser tenida en consideración.²

Luego de transitar las consideraciones antes expresadas, finalmente, la preocupación investigativa se focalizará en proponer una clasificación que permita situar científicamente cada uno de los daños.

Este desafío es una preocupación constante de la doctrina de los autores, especialmente cuando se trata de ubicar un rubro denominado o conceptualiza-

1 XI Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, «Tendencias actuales del derecho de daño», organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado en Medellín, Colombia, 6 y 7 de octubre de 2016.

2 PLATAS PACHECO, María del Carmen. «Elementos para una aproximación hermenéutica del lenguaje jurídico», septiembre del 2007. Esta autora señala que «la norma destinada a regir la conducta de los hombres está encadenada a la palabra que la expresa, donde la precisión y claridad no actúan como simples valores jurídicos. El derecho imprime al lenguaje una severa disciplina, y esto es obvio porque la justeza de la expresión no es extraña a la justicia de la resolución». Visto en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MV56z5ge0y0J:200.74.197.148/redjuridica/elgg/mod/file/download.php%3Ffile_guid%3D118+&cd=1&hl=es&cct=clnk&gl=ar; GUIRRE ROMÁN, Javier Orlando. «La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico». En *Opinión Jurídica*. Medellín: Universidad de Medellín, enero-julio 2008, vol. 7, n.º 13, pp. 139-162; VERNENGO, Roberto J. «El discurso del derecho y el lenguaje normativo». En *Anuario de filosofía jurídica y social de la asociación argentina de derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1994, p. 159; BARCESAT, Eduardo S. «Reflexiones sobre lenguaje y validez del derecho». La Ley 2005-B, 940, AR/DOC/ 209/2005; SILVESTRI, Silvia Liliana. «Anotaciones sobre derecho y lenguaje». La Ley on line AR/DOC7498/2009, entre otros.

do de un modo no tradicional, en el contexto general de la teoría del daño.³

Esta situación, queda en evidencia en el plexo normativo argentino, en el cual, a los clásico criterios para interpretar la escasa normativa relacionada con el daño contenida en el Código Civil, se le ha sumado la influencia de la doctrina del Perú, al incorporar en el Código Civil y Comercial, por ejemplo, el daño por interferencia en el proyecto de vida de una persona, a sus afecciones legítimas, etcétera (artículo 1738).

II. LOS NUEVOS PARADIGMAS

Como punto de partida se debe comprender que toda norma jurídica sufre un deterioro frente a los constantes cambios sociales y científicos que acaecen cada día, razón por la cual, se torna necesaria una hermenéutica como la indicada por el artículo 3 del Código Civil español, «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

En función de ello, es ineludible como paso previo, examinar el fenómeno descripto como la «constitucionalización del derecho privado», y la influencia que tiene sobre el ámbito jurídico, la evolución científica en el conocimiento del ser humano.

2.1. La constitucionalización del derecho privado

La reforma constitucional del año 1994, inició una nueva etapa en la vinculación entre la Constitución nacional y el derecho privado, al reconocer la jerarquía superior de los tratados internacionales sobre los derechos humanos sus-

3 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”», RCyS 2014-V, 5, LJU, DE-13. Este autor expresó que «consideramos indispensable proceder en primer término a proponer una clasificación del daño en general, para luego, dentro de ella, ubicar el “daño a la persona” y cada uno de los tipos de daños comprendidos en esta genérica noción. Esta sistematización nos mostrará el panorama completo y los alcances de dicho daño y nos permitirá aprehender como, dentro del mismo, se cubren todos y cada uno de los posibles daños a la persona sin excepción. Esta sistematización sólo es posible luego de conocer, a la altura de nuestro tiempo, la estructura ontológica del ser humano a la que hemos hecho referencia en páginas anteriores». En sentido similar, CARESTIA, Federico S. En «El daño al proyecto de vida. Su falta de autonomía como rubro indemnizatorio en el Código Civil y las dificultades en su cuantificación». SJA 04/06/2014, 3, JA 2014-II, transmite su preocupación cuando expresa que «El daño al proyecto de vida goza de autonomía conceptual y debe ser reconocido en cada uno de los procesos en que se encuentre afectado. La necesidad de proteger a la persona, su dignidad, realización personal y libertad de opción en cada una de las etapas de su vida vuelve insoslayable tener en cuenta la frustración o el retardo de los proyectos vitales al momento de realizar el cálculo indemnizatorio. Sin embargo, la emancipación nominal no implica la independencia resarcitoria. No se ha creado un nuevo género en el derecho de daños, sino que, en cada caso concreto, y a fin de evitar duplicidad en las indemnizaciones, habrá que dilucidar si la frustración al proyecto de vida debe encasillarse, simultánea o alternativamente, en el rubro de daño patrimonial o moral (al cual debe otorgarse un significado amplio y flexible que abarque todo tipo de afección espiritual). En todos los supuestos, el análisis debe estar dirigido a conceder a la víctima una reparación plena por los padecimientos efectivamente sufridos».

criptos por la nación argentina, enumerados en el inciso 22 del artículo 75.⁴

Históricamente, la Constitución nacional sancionada en 1853 y sus posteriores reformas, más allá de fijar la organización de la estructura del Estado argentino, estableció, en su primera parte, las declaraciones, derechos y garantías que, para esa época, se entendían con rango superior.

La vinculación jerárquica entre las normas quedó *ab initio* perfectamente definida en el artículo 31, al regular para la codificación civil un rango inferior, al punto que autoriza al Congreso nacional a dictar la misma, conforme el original inciso 11 del artículo 67 (actualmente, artículo 75, inciso 12).

Sin embargo, se debe tener presente que estos textos normativos tienen inspiración en distintas fuentes. Así, la Constitución nacional encuentra su precedente en el constitucionalismo norteamericano; en cambio, el Código Civil, reconoce como antecedente los cuerpos normativos y doctrina europea. Ello, sin duda, produjo, en la primera época de coexistencia, una zona de enfrentamiento ideológico.

Al respecto, Lorenzetti recuerda que «el derecho continental europeo está basado en un capitalismo con muchas regulaciones, participación estatal, y orientación social, mientras que el anglosajón es estrictamente liberal, lo cual tiene enorme trascendencia a la hora de legislar, interpretar y aplicar el derecho».⁵

En el año 1949, el gobierno constitucional de turno, produjo una reforma constitucional integral, con un neto corte social y corporativo, que fue derogada *ipso facto* por uno ilegítimo, que se vio obligado a mantener el reconocimiento a los derechos individuales, gremiales y de la seguridad social de los trabajadores (artículo 14 bis).

En cambio, las relaciones civiles no recibieron esa influencia de un modo directo, sino que el avance de las políticas intervencionistas, conocidas bajo la denominación del «estado de bienestar», *welfare state*, etcétera, produjo que el Estado ejerciera un control directo sobre algunas relaciones particulares en las cuales existía interés social en su regulación. En todos estos casos, el intervencionismo estatal tenía su origen legal en normas *infra* constitucionales.

En ese marco, el derecho civil se fue adecuando a los cambios sociales con el dictado de normativas reguladoras de situaciones particulares y con reformas

⁴ ALFERILLO, Pascual E. «La influencia de la Constitución nacional en el derecho de daño». Visto en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-influencia-de-la-constitucion-nacional-en-el>. «El proceso de constitucionalización del derecho civil». En *Ratio Iuris*. Buenos Aires: Revista de Derecho Privado, UCES. <http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/49>. «La constitucionalización del derecho de daños». En *Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*. Córdoba: Advocatus, 2010, tomo II, p. 81.

⁵ LORENZETTI, Ricardo L. «Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema». L.L. 1993-D-673 - Derecho constitucional - Doctrinas esenciales, tomo II, 675. «El daño a la persona (Solución de casos de colisión de derechos fundamentales)». La Ley 1995-D, 1012 - Responsabilidad civil, Doctrinas esenciales, tomo II, 1219. ROSATTI, Horacio. «Código Civil Comentado-Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía». «El Código Civil desde el derecho público». Santa Fe-Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 37.

parciales de su codificación (Ley n.º 17.711, entre otras), sin recibir formalmente la influencia integral de alguna reforma constitucional hasta 1994.

En ese año, la Constituyente de Santa Fe, reconoció en la parte dogmática, «Nuevos derechos y garantías» (capítulo segundo-primera parte), enumerando, en el artículo 41, el derecho a un ambiente sano y equilibrado; en el artículo 42, la protección de consumidores y usuarios; y, en el artículo 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos, los datos sensibles de la persona.⁶

A su vez, en el inciso 22 del artículo 72, se reconoció por vez primera, jerarquía constitucional a los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos, suscriptos por el Estado argentino que enumera, con la limitación de no derogar artículo alguno de la primera parte y, ser complementarios de los derechos allí reconocidos.

Un repaso mínimo por el contenido de los tratados internacionales, trae plena convicción de que la nueva *ratio esendi* constitucional se focaliza en reconocer la personalidad jurídica de la persona humana, marcando que entre ellas no existen diferencias. Donde hay un ser humano existe siempre una persona para el derecho.

Ello fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando precisó que «a los fines de establecer el sentido de la voz “persona” enunciada en el art. 8, párr. 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1 del citado ordenamiento, los cuales establecen que “persona” significa todo ser humano. Ello en virtud de la aplicación, por un lado, de la pauta de hermenéutica según la cual cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación y, por el otro, del principio conforme el cual las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes».⁷

En el mismo nivel jurisdiccional, se coincide en reconocer la máxima ubicación en la jerarquía normativa al derecho a la vida, a la integridad de su persona, a la libertad e igualdad, etcétera, que tiene todo ser humano.

Sin lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994, modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional priorizando al ser humano, al hombre, por sobre los derechos patrimoniales.

Ekmekdjian sistematiza la jerarquía de los derechos civiles de la siguiente forma: 1) derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia; 2) derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la educación; 3) derecho a la

6 ROSELLO, Gabriela y Mónica HISE. «Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley»; GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. «Los tratados internacionales y la Constitución nacional», en el capítulo «Los nuevos derechos civiles constitucionales», en el libro «Los derechos del hombre-Daño y protección a la persona», coordinado por GHERSI, Carlos A. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, pp. 477 y 491.

7 C.S.J.N., 14/10/1997. «Arce, Jorge D.». La Ley, 1997-F, 697; La Ley, 1998-A, 326; DJ 1998-1, 404, AR/JUR/1160/1997.

información; 4) los restantes derechos personales, en primer lugar, los «derechos-fines»; y, luego, los «derechos-medios»; 6) los derechos patrimoniales.⁸

Este criterio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sostuvo que: «el derecho a la vida -comprehensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental».⁹

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en *si proprio*, por sobre los derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores, pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser *in dubio pro homini*, siempre en favor del ser humano.¹⁰

Luego de una etapa de transición donde algún sector de la magistratura realizó el esfuerzo interpretativo para ensamblar los mandatos constitucionales con la norma decimonónica del Código Civil (en especial, en el tema de los menores, contratos de consumo y derecho de daños), ello tiene reconocimiento normativo con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley n.º 26.994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

Así el artículo 1 regula que «los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho».

Por su parte, el artículo 2, establece que: «la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los

8 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. «Jerarquía constitucional de los derechos civiles». La Ley, 1985-A, 847.

9 CSJN, 16/10/2001, «M., M. c/ M. S. y A.S.», La Ley, 2001-F, 505; DJ 2001-3, 657; ED 27/03/2002, 13; JA 2002-II, 425; Sup. Const. 2002 (agosto), 39; La Ley, 2002-E, 299; CSJN, 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley n.º 9688», Sup. Especial, La Ley, 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS // 2004, 778, entre otros.

10 DA ROSA JÚNIOR, Faustino. «**El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil-constitucional**», 18/9/2008. Visto en: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=831. Este autor sostiene que «la Constitución es, en relación al derecho civil, no una extraña o invasora, sino el propio motor de reflexión, desde lo cual orbitan las demás fuentes normativas, incluso el Código Civil –que hace mucho perdió la posición central que tenía en lo derecho privado– y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, priorizando a la persona humana y el respeto a su intangible dignidad».

valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Sin lugar a duda, en esta nueva etapa, en todos los casos de derecho privado a resolver por la jurisdicción, convergen la normativa de la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial. Cuando se plantea un conflicto entre ellas, prima la Constitución, siendo inaplicable *in concreto* a la *litis*, el texto del Código unificado.¹¹

2.2. La evolución científica en el conocimiento del hombre

No se puede soslayar en un estudio integral, aún cuando sea sintético, la importancia que tiene la evolución de la ciencia médica, en particular, la especializada en la genética del ser humano, como las relacionadas con el estudio de los componentes de la estructura y funcionamiento del cerebro humano, como es la neurología, psiquiatría o psicología. Ello, sin perjuicio del aporte que realiza la sociología, antropología, etcétera, para conocer de un modo científico y pormenorizadamente al hombre.

En ese sentido, uno de los descubrimientos que marca el inicio de una etapa trascendente en el conocimiento del interior del ser humano, es el mapa del genoma humano. En este punto de la evolución del tema, es común la explicación de que el mismo contiene la codificación genética en la cual se encuentra toda la información hereditaria y de comportamiento del ser humano.

La estructura genética del ser humano es la de mayor complejidad entre los seres vivos, porque tiene la información necesaria para que una generación con el mismo genoma humano tenga los mismos rasgos; o, por lo menos, acepte unos cuantos en una composición individual. El genoma humano está establecido por veintitrés pares de cromosomas, cada uno con una función diferente, los que aportan al ADN material hereditario fundamental. En total, veintidós cromosomas son estructurales y, el último par, lleva la información sexual; sin embargo, uno de ellos predomina en el par, determinando así la sexualidad del espécimen.

Este conocimiento influyó de una manera sustancial en la solución dada a distintos planteos litigiosos.¹² Por ejemplo, se pudo precisar con certeza la identidad de las personas en sus relaciones familiares,¹³ si un sujeto había o no sido el

11 ALFERILLO, Pascual Eduardo. «El proceso de constitucionalización del derecho privado en la Argentina». En *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, mayo 2018, n.º 7. Derecho privado y Constitución, 23/05/2018, Cita: IJ-DXXXIV-709. En este trabajo, se citan los fallos donde se ejerció el control de constitucionalidad y convencionalidad sobre normas del Código Civil y Comercial.

12 LEONARDI, Danilo A. «El ADN puede colaborar con la administración de justicia». La Ley, 1990-A, 934, AR/DOC/19432/2001.

13 BONGIOVANNI SERVERA, José G. «Extracción compulsiva de ADN. Nuevos aportes para una interpretación constitucionalmente válida del artículo 218 bis del C.P.P.N.». La Ley, 05/04/2011, 5, La Ley, 2011-B, 396, AR/DOC/868/2011; CIOLLI, María Laura. «Valoración de la negativa del demandado en juicios de filiación a realizarse la prueba biológica de ADN. El derecho a la identidad. Una sentencia loable». LLNOA 2011 (marzo), 138, DFyP 2011 (abril), 94, AR/DOC/205/2011; YUBA, Gabriela. «Divorcio y prueba de ADN sobre los hijos para probar el

autor de un delito penal,¹⁴ etcétera.

De igual modo, la ciencia médica aporta estudios relacionados con la estructura y funcionamiento del cerebro humano, que han permitido a los juristas diferenciar científicamente entre el daño moral y el daño psíquico y, dentro de este, el neuronal, el psiquiátrico y el psicológico, que deben ser atendidos por un médico con especialidad en neurología, en psiquiatra (que puede medicar) o por un psicólogo (que no está autorizada para medicar), respectivamente.

Para exemplificar la dimensión del avance de la neurociencia, se puede citar los estudios que se realizan a los «microtúbulos» que componen las células nerviosas cerebrales. Al respecto, se ha expresado que las vibraciones cuánticas en las neuronas, darían lugar a la conciencia en función de que «una revisión y actualización de una controvertida teoría de la conciencia de veinte años de existencia, publicada en *Physics of Life Reviews* afirma que la conciencia deriva desde el nivel más profundo, desde las actividades de escala más fina dentro de las neuronas del cerebro. El reciente descubrimiento de vibraciones cuánticas en "microtúbulos" dentro de las neuronas del cerebro corrobora esta teoría, de acuerdo con autores Stuart Hameroff y Sir Roger Penrose. Ellos sugieren que los ritmos del EEG (ondas cerebrales) también se derivan de vibraciones de microtúbulos en un profundo nivel y que, desde un punto de vista práctico, el tratamiento de las vibraciones de los microtúbulos del cerebro podría beneficiar a una gran cantidad de trastornos mentales, neurológicos y cognitivos».¹⁵

También se pueden citar los estudios relacionados con el almacenamiento de la memoria humana;¹⁶ pero, más allá de ello, la ciencia ha marcado una primera línea demarcatoria entre el menoscabo psíquico y el daño moral que, por cierto, se encuentra sujeta a nuevos estudios.

En ese sentido y, al solo efecto de reflejar el avance científico, resulta oportuno destacar que el duelo humano por el fallecimiento de un familiar está per-

adulterio de la madre. Niños, niñas y adolescentes; ¿objetos de prueba o sujetos de derechos? ¡Ésa es la cuestión!, DFyP, 2010 (octubre), 76, AR/DOC/6070/2010, entre otros.

- 14 BONGIOVANNI SERVERA, José G. «La extracción “compulsiva” de ADN del cuerpo de la víctima y el derecho de defensa del acusado». La Ley, 08/04/2010, 1, La Ley, 2010-B, 1173, Sup. Penal 2010 (julio), 1, La Ley, 2010-D, 1031, AR/DOC/1356/2010; Varsi Rospigliosi, Enrique y Marianna CHAVES. «El sometimiento a la prueba de ADN, ¿es exigible a los herederos del supuesto padre?». DFyP 2009 (diciembre), 156, AR/DOC/2953/2009; CARBONE, Carlos A. «La Corte Suprema confirma la negativa de la víctima a la extracción de sangre para pericia de ADN», DFyP 2009 (octubre), 215, AR/DOC/3065/2009; PENACINO, Gustavo A. «Análisis de ADN en la investigación de delitos sexuales», Sup.Act 18/05/2006, 1, AR/DOC/1565/2006, entre otros.
- 15 Visto en: <http://cienciaaldia.com/2014/01/vibraciones-cuanticas-en-las-neuronas-darian-lugar-a-la-conciencia/>; <http://axxon.com.ar/noticias/2014/01/descubrimiento-de-vibraciones-cuanticas-en-microtubulos-dentro-de-las-neuronas-respalda-controvertida-teoria-de-la-conciencia/>; <https://estimulacionmagneticatranscranealzaragoza.wordpress.com/2014/11/24/conciencia-vibracion-cuantica-en-los-microtubulos/>, entre otras páginas webb.
- 16 <http://web.uaemex.mx/plin/colmena/Colmena%2053/Aguijon/JuanP.html>; <http://assets.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448180607.pdf>; <http://filosofia.nueva-acropolis.es/2011/cerebro-mente-conciencia/>, entre otros.

fectamente estudiado en sus tiempos.

Al respecto, autores entienden que el duelo tiene las siguientes etapas: 1.^a etapa: Impacto y negación, 2.^a etapa: Conciencia de la pérdida, 3.^a etapa: Conservación o retraimiento, 4.^a etapa: Cicatrización o reacomodo y 5.^a etapa: Recuperación y sanación.¹⁷

Las investigaciones han profundizado sus estudios hasta diferenciar entre el duelo normal y el patológico, describiendo sus características,¹⁸ detalle que debe ser tenido en cuenta al momento de conceptualizar cada daño dado que caracteriza el menoscabo en la psiquis, al ser una enfermedad de la misma y no una simple afección.

Sin lugar a dudas, la evolución técnico-científica, en la actualidad, aporta a la ciencia jurídica elementos para valorar correctamente el contenido de cada tipo de daño y, a partir de ello, formular una correcta cuantificación.

Por otra parte, su imparable evolución permitirá desvanecer viejos mitos y tener certeza científica sobre asertos que hoy sólo son avalados por el pensamiento de la filosofía o las creencias religiosas.

III. LA VALORACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS

3.1. Preliminar

Para iniciar el desarrollo de este punto, adquiere especial importancia reflexionar sobre el método a implementar para la construcción de una sentencia de daño.

En esa dirección, en una primera etapa, corresponde individualizar a los sujetos responsables del deber de resarcir el daño ilegítimo ocasionado. Para ello, se debe evaluar la configuración de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad, previstos en el Código Civil y Comercial: Daño (artículos 1737/1748), antijuridicidad (artículos 1717/1720), factor de atribución (artículos 1721/1724) y

17 <https://gruporenacer.wordpress.com/2008/03/17/el-duelo-y-sus-etapas/>; <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/ciencias-psicosociales-ii/materiales/tema-11.pdf>; ORTEGO, María del Carmen, Santiago LÓPEZ, María Lourdes ÁLVAREZ, María del Mar APARICIO, tema 11. El duelo, Universidad de Cantábrica, Ciencias Psicosociales II, <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/ciencias-psicosociales-ii/materiales/tema-11.pdf>. En este trabajo se especifica que «en el proceso de duelo se han establecido varias fases, pero no existe un acuerdo entre los autores a la hora de determinar su número». Así, nos encontramos con autores que afirman la existencia de tres etapas (Grollman, 1986; Rando, 1988; Bourgeois y Verdoux, 1994; Filgueira, 1995; Valdés y Blanco, 1997; Neimeyer, 2000 En: Ochoa de Alda, 2002), cuatro (Bowbly, 1983b; Fernández y Rodríguez, 2002) y hasta cinco fases (Kübler Ross, 1974; Parkes, 1975). Otra característica común en todos los autores consultados (Kübler Ross, 1974; Parkes, 1975; Bowbly 1983b, Grollman, 1986; Rando, 1988; Bourgeois y Verdoux 1994; Filgueira, 1995; Valdés y Blanco, 1997; Ochoa de Alda, 2002) es el hecho de considerar las etapas como no universales; es decir, que no necesariamente las personas en duelo deben atravesar por todas ellas ni seguir una determinada secuencia.

18 ECHEVERRÚA, Enrique y Paz De CORRAL. Visto en: <http://www.paliativossinfronteras.com/upload/publica/libros/Necesidades%20psicosociales%20en%20el%20terminalidad/EL-DUELO-NORMAL-Y-DUELO-PATOLOGICO-14%20Echeburua.pdf>.

nexo de causalidad (artículos 1726/1733).¹⁹

En la segunda etapa, cuando ya se individualizó quién será el responsable de satisfacer los daños ocasionados a la víctima, el análisis judicial se focaliza, primero, en la valoración de los perjuicios para su posterior cuantificación en dinero de curso legal.²⁰

Al respecto, Pizarro señala que «valorar el daño es determinar su entidad cualitativa (*aestimatio*)²¹ o, lo que es igual, esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras».²²

En otras palabras, valorar el daño es una tarea compleja, dado que tiene una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez, antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido *in abstracto* de cada rubro factible de ser resarcido. Ese conocimiento puede ser calificado como doctrinario, que cada *iudex* obtiene con los estudios de la opinión de los jurisconsultos y doctrina judicial que realiza del derecho de daño. A partir de esa tarea de ilustración, llega a una conclusión propia que le permite conceptualizar cuál es el contenido,, en particular, de cada daño resarcible.

En otras palabras, previo a resolver cualquier *litis* de daño, el juez debería tener en claro «qué» es lo resarcible, el contenido indemnizable de cada rubro, para iniciar la valoración en concreto conforme a los antecedentes de cada causa litigiosa venida a la jurisdicción para su resolución.

En ese sentido, cuando analizan los antecedentes del caso y, en especial, la prueba aportada para acreditar los extremos aseverados, comienza con la tarea de subsumir²³ los menoscabos, efectivamente, ocasionados a la integridad psico-física-social o en el patrimonio de la persona, en cada categoría, teniendo siempre

19 Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/08/2007, autos n.º 19030. «Ramos, Estela del Carmen c/ Lucero, Víctor Hugo y otros - Daños y perjuicios - Sumario», L. de S. t. 97, f. 55/72.

20 Primera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 18/08/2001, exp. n.º 142224/340 - «Gallardo, Claudia Edgardo c/ Chávez - Daños y perjuicios», L. de S. n.º 159 - fs. 255. En este fallo se dijo que «no debe confundirse la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización, se trata de dos operaciones distintas, aunque fuertemente relacionadas».

21 Estimación. (Del lat. *aestimatio*, -ónis). 1. f. Aprecio y valor que se da y en que se tasa y considera algo. ~tributaria. 1. f. Der. Estimación que se realiza en ciertos tributos para determinar el valor de la base imponible. Visto en: <http://lema.rae.es/drae/?val=estimacion>. Conforme a esta definición de la Real Academia Española de la Lengua, la *aestimatio* comprende las actividades de valorar como la de cuantificar, que tratamos de diferenciar.

22 PIZARRO, Ramón Daniel. «Valoración y cuantificación del daño moral en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Consolidación de una acertada doctrina», LLC2006 (septiembre), p. 893. El mismo autor, «Valoración y cuantificación del daño moral», LLC 2006, 893- RCyS 2006-XI, 121.

23 Subsumir: (De sub- y el lat. *sumere*, tomar). 1. tr. Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora. 2. tr. Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. Visto en: <http://lema.rae.es/drae/?val=subsumir>.

en cuenta una de las máximas preocupaciones de la jurisdicción, que es no resarcir doblemente un mismo daño o dejar algún rubro reclamado sin indemnizar, por una falsa apreciación de su contenido en la conceptualización del tipo.

En función de las consideraciones antes expuestas, es ineludible resaltar que, en esta etapa de valoración de los daños, tiene una influencia vital la calificación²⁴ y clasificación²⁵ de los mismos, tema que, por cierto, ha motivado la elaboración de varias monografías que tratan de brindar respuestas sobre el tema.²⁶

Una vez completada la valoración del daño definiendo qué se debe resarcir en cada rubro declarado procedente, corresponde avanzar con la cuantificación de los mismos, tarea que tiene como complejidad el examen del método a utilizar para individualizar las cuantías resarcitorias de cada ítem, tema que excede el marco de esta investigación.

3.2. La clasificación de los daños

3.2.1. Necesidad de un replanteo de las clasificaciones clásicas

Frente a la nueva valoración del contenido de los daños, corresponde examinar si la clasificación de los perjuicios pergeñada por los autores clásicos, responde a la mirada humanista que impregna al derecho de daño en los tiempos actuales.

En ese sentido, se debe comenzar por realizar las observaciones críticas a la clasificación que diferencia entre «daño evento» o «naturalístico»,²⁷ del «daño consecuencia», estimándose que únicamente es resarcible el segundo.

Por otro lado, se debe reflexionar si es científicamente válido, asegurar que el daño moral es equivalente en su contenido con el daño extrapatrimonial.

Con relación a la primera inquietud, en Argentina se generalizó la idea de que el daño resarcible es la consecuencia patrimonial o moral de la lesión padecida. Esta idea ha sido defendida por importantes autores como Pizarro y Vallespinos,²⁸

24 Calificar. (Del b. lat. *qualificare*). 1. tr. Apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o de algo. Visto en: <http://lema.rae.es/drae/?val=calificar>.

25 Clasificar. (Del b. lat. *classificare*). 1. tr. Ordenar o disponer por clases. Visto en: <http://lema.rae.es/drae/?val=clasificar>.

26 ALFERILLO, Pascual Eduardo. «Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona», *Doctrina Judicial*, año xxiii, n.º 40, 3 octubre 2007, p. 298; ALFERILLO, Pascual Eduardo y Juan Carlos PANDIELLA. «Daño a la persona. Valoración - Cuantificación. Visión jurisprudencial». Córdoba: Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p. 15.

27 ALFERILLO, Pascual Eduardo. «El daño biológico». En *Revista de Daño Rubinzel*. Culzoni, 2011-3, p. 269.

28 PIZARRO, Ramón D. y Carlos G. VALLESPINOS. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, tomo 2, pp. 639-640.

Zavala de González,²⁹ Lorenzetti,³⁰ Galdós, entre otros.

Podemos sintetizar los postulados de esta posición, del siguiente modo: a) El daño jurídico (por ende, resarcible), no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos; b) El daño versa sobre el resultado de la violación que repercute negativamente en el patrimonio y en lo moral. El daño no se identifica con la sola lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión; c) No es la lesión misma la que se resarce; d) Lo que se resarce son sus repercusiones económicas y morales; e) Finalmente, este grupo de autores identifica daño moral con daño extrapatrimonial.

Frente a estas premisas, se sostiene, con un criterio diferente, la unidad conceptual del daño, dado que la división entre «daño evento» o «lesión» (no resarcible) y «el daño consecuencia» (resarcible), es una división didáctica, a fin de comprender la fenomenología del daño que puede padecer un sujeto, dado que no es una situación estática, sino tiene una dinámica propia, es un proceso que se inicia con la recepción del impacto dañino generado por una conducta antijurídica que produce en la persona, el deterioro de su integridad psicofísico-social o de su integridad patrimonial que, por cierto, producen consecuencias económicas o morales.

De lógica pura, sin antecedente no hay consecuencia, pero todo conforma una unidad conceptual: daño jurídicamente resarcible.

La teoría divisionista, cuyos postulados no se comparten, marca dos estancos diferenciados negando, a lo que denomina, indistintamente, daño lesión/evento/biológico, idoneidad jurídica, para ser resarcidos, concentrando esta cualidad en el daño consecuencia. Es decir, trata de darle autonomía resarcitoria al daño, consecuencia tesisura que se estima incorrecta.

Ello es así por cuanto el daño, jurídicamente expresado, se produce sobre el derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, su patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, como es precisado por el artículo 1737 del Cód. Civ. Com., del cual se derivan consecuencias que están jurídicamente vinculadas y no son «daño propiamente dicho», sino efectos de los menoscabos padecidos por la persona en su integridad psicofísico-social o patrimonial.

Esas consecuencias son de carácter económico o moral y ellas determinan la dimensión del daño producido a los derechos o intereses de la persona, siguiendo las pautas fijadas en el artículo 1726 del Cód. Civ. Com., donde se establece que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de

²⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Comentario al artículo 1067. En *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por BUERES, Alberto J. y coordinado por HIGHTON, Elena I. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, tomo 3, «Artículos. 1066/1116-1066/1116 - Obligaciones», pp. 95-96.

³⁰ LORENZETTI, Ricardo L. «La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante». En *Revista de Derecho Privado y Comunitario. «Daño a la persona»*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, n.º 1, p. 104.

causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.³¹

Como se previno, el daño no es una fotografía que refleja un momento estático, sino que tiene una dinámica propia, conforma un proceso a semejanza de un video; pero, que conforma una unidad conceptual que se refleja, finalmente, en una cuantía indemnizatoria, como quedará demostrado *infra*.

En ese sentido, el artículo 1746 del Cód. Civ. y Com., aporta dos fundamentos a nuestra tesis. La primera, cuando consagra normativamente el desvinculo conceptual y resarcitorio del daño psíquico, del moral, integrándolo con el físico (psicofísico), que permite esclarecer la calificación de los perjuicios, tema que será analizado más adelante.

Y, en segundo término, autoriza a argumentar que para cuantificar el daño psicofísico es ineludible referenciar al daño «daño evento» o «naturalístico» sufrido por la persona que desdeña como resarcible, la tesisura que observamos críticamente, porque el mismo determina la dimensión de la cuantía compensatoria, conforme se acredita *infra*.

En este sentido, el artículo de referencia para calcular el resarcimiento que correspondería acordar para compensar la incapacidad psicofísica sobreviniente, se recurre a una fórmula de la matemática financiera que está expresada del siguiente modo: «la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades [...]».

Como se colige para calcular la cuantía, además de la suma de dinero que percibía por sus tareas laborales y sociales, los años de sobrevida y el interés que podía generar con el capital, se debe aplicar el porcentaje de incapacidad física, psíquica o psicofísica, padecido por la víctima, que es la representación numérica (%) del denominado «daño naturalístico» o «evento», razón por la cual no se puede aceptar la división tajante que sustentan algunos autores.

Para sellar la suerte de nuestros argumentos, se trae a colación la definición que da el profesor Pizarro de daño moral, donde procura precisar su esencia ontológica. En la misma, no puede prescindir de citar, tanto a la lesión como a la consecuencia. Ello queda acreditado cuando conceptualiza que «el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de tra-

31 Ver: Artículo 1727 Cód. Civ. Com. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código «consecuencias inmediatas». Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman «consecuencias mediatas». Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman «consecuencias casuales».

ducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial».³²

Este criterio de convergencia, se refleja en la jurisprudencia cuando para cuantificar la suma compensatoria por daño moral pondera el «daño evento» y juzga que «el daño moral resarcible depende de la importancia del perjuicio sufrido, pues es obvio que una lesión leve provoca un perjuicio espiritual menor que una lesión grave, y dado que la víctima, al obtener reparación del daño material, experimenta también una satisfacción de orden moral al ser respetados sus derechos».³³

3.2.2. Una clasificación de los daños compatibilizada

Acreditada brevemente, la unidad conceptual del daño, adquiere importancia, a la luz de la nueva normativa del Código Civil y Comercial, proponer una nueva calificación y clasificación de los daños que tienen como punto de referencia a la persona humana.

En ese sentido, se advierte que la rigidez de los postulados defendido por los autores divisionistas que marcan como resarcible únicamente el daño consecuencia, que parte de tener un compromiso ideológico con los postulados materialistas que primaban en el código decimonónico, no les permitió tener la flexibilidad suficiente para replantearse una nueva clasificación que partiera de tener como eje al ser humano, al hombre.

Ello queda reflejado en resistirse a aceptar que había una notoria diferencia conceptual entre el daño moral y el daño psíquico y, a partir de ello, decir que no tenían cabida en nuestro ordenamiento normativo otras alternativas, *tertium genus*, que no fueran el daño patrimonial o extrapatrimonial.

Pero, se olvidaban de compatibilizar esta calificación con la del «daño

32 PIZARRO, Ramón Daniel. «Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho», Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 43.

33 Cám. 4a Apel. Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria Mendoza, «Barzola, Marta Ofelia c/ Banco Credicoop Coop. Ltda.», 27/08/2009, La Ley Online, AR/JUR/32530/2009. En la misma dirección, «el detrimiento espiritual causado al niño que sufrió lesiones graves como consecuencia de sufrir una descarga eléctrica debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso, ello así, dado que sufrir un accidente a temprana edad permite representar la angustia que padeció, la posterior estadía en el hospital con continuas amputaciones en su miembro superior, las curaciones que debían hacerse bajo anestesia total con el consiguiente estado post-quirúrgico y la certeza de que se trata de lesiones irreversibles, que exigirán de por vida el uso de una prótesis, son circunstancias que es imprescindible tener en cuenta en tanto implican una profunda lesión de los sentimientos del demandante» (T.S.J. Neuquén, «R., S. y otros c/ CALF y otro s/ acción procesal administrativa», 05/11/2013, LLPatagonia 2014 (abril), 193, AR/JUR/85697/2013). También se dijo que «la reparación del daño moral está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de las secuelas que dejan, para mostrar en qué medida queda afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración» (Cám. Nac. Apel. Civ., sala G, «Spinillo, Gabriel Eduardo c/ Transportes Alser S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios», 14/11/2011, RCyS 2012-IV, 119, AR/JUR/74963/2011), entre otros.

evento» y «daño consecuencia» y, con ello, se produce una *melange*, una confusión de ideas, que llevó a algunos autores a utilizar al daño moral como el rubro donde se situaban todos los tipos de menoscabos que no tenían explicación en el esquema rígido.

A partir de estas observaciones y compatibilizando estos criterios con el nuevo paradigma constitucional que coloca al ser humano en el centro de los esquemas del Derecho; y, a partir de ello, comprender que toda persona es titular de dos integridades reconocidas por la ley: A) La psicofísica y social (también denominado daño sobre la persona)³⁴ y B) La patrimonial.

Así, cuando la acción antijurídica menoscaba la integridad psicofísica-social, se pueden discriminar los deterioros del siguiente modo:

- a. *Perjuicios de la integridad física.* Traumatismos producidos al soma, al cuerpo biológico de la persona que pueden producir incapacidad sobreviniente (parcial/total; permanente/transitoria) y, hasta su muerte.
- b. *Perjuicios a la integridad psíquica.* Dentro de este grupo se debe distinguir: 1. Daño neurológico, 2. Daño psiquiátrico y 3. Daño psicológico. El primero está en una zona de confluencia entre estas dos primeras categorías, dado que se afecta la estructura física del cerebro, produciendo menoscabos psíquicos.
- c. *Perjuicio a la integridad social.* En este agrupamiento se pueden enumerar entre otros: 1. Daño al honor, 2. Al Proyecto de vida, 3. A la libertad personal, 4. A la intimidad, 5. Daño estético, etcétera. Respecto del último enumerado, participa de dos categorías porque, además de ser un daño al soma de la persona, tiene connotación social.

Finalmente, en cuanto al menoscabo de la integridad patrimonial B), se produce cuando se dañan las cosas y bienes de una persona que conforman su patrimonio (ver anexo I).

Los tipos de menoscabos antes mencionados, deben ser ubicados conforme el criterio dualista clásico que se procura compatibilizar, en la categoría de daños eventos, naturalísticos o biológicos que, como se colige, por influencia de

34 Se agrega en esta categoría a la integridad social, siguiendo el concepto de salud dado por la Organización Mundial, cuando define que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, n.º 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948. Visto en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>. Algunos autores prefieren la denominación moral; pero, se estima que ello es incorrecto y confunde las categorías. El artículo 61 de la Constitución de la Provincia de San Juan, expresamente reconoce que «El concepto de salud es entendido de manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social. El Estado garantiza el derecho a la salud, a través de medidas que la aseguren para toda persona, sin discriminación ni limitaciones de ningún tipo [...].».

los nuevos paradigmas, se verifica un incremento en la enumeración de los mismos.

Avanzando en el análisis, corresponde calificar las consecuencias que son: A) Económicas y B) Morales.

Las primeras, a su vez, se distinguen en: a. Daño emergente (pérdida o disminución del patrimonio de la víctima), b. Lucro cesante (en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención) y c. Pérdida de chance (conf. artículo 1738 Cód. Civ. Com.).

Las consecuencias morales se conocían como daño moral y hoy, ajustando la terminología, debería ser denominada «menoscabo del bienestar espiritual no patológico» (ver anexo II).

Como se colige, las consecuencias económicas o morales no han cambiado, con excepción de la pérdida de chance que en el código unificado tiene reconocimiento normativo. En terminología antigua, los tipos de «daños consecuencias» no se han incrementado, se reconocen a los clásicos.

Por cierto, cualquier perjuicio producido a la integridad biopsíquica y social de una persona, puede generar consecuencias económicas o morales.

De igual modo acontece, cuando se produce daño sobre la integridad de las cosas y bienes que integran el patrimonio, dado que de ello también, se pueden derivar iguales secuelas.

IV. LOS CAMBIOS MÁS IMPORTANTES EN LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS

A partir de los conceptos vertidos, corresponde analizar los tipos de daño que se presentan en la legislación argentina, luego de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, para verificar si existe una proliferación viciosa de nuevos tipos o, si por el contrario, es producto de la natural evolución de los requerimientos sociales avalados por la ciencia.

En esa dirección, se debe observar el contenido del artículo 1738 del Cód. Civ. Com., que adolece de graves defectos de técnica legislativa que no pueden soslayarse, sino por el contrario, deben ser advertidos.

En ese sentido, en la primera parte del artículo, se enumeran las consecuencias económicas o si prefiere, «patrimoniales», que se derivan de cualquier daño producido a la persona, sea en su integridad biopsíquica-social o patrimonial.

Sin embargo, en la segunda parte del artículo, no enumera cuál o cuáles serían las posibles consecuencias no económicas o morales que se derivan del daño a los derechos e intereses legítimos de la persona, como indica la lógica de una correcta redacción de la norma. Por el contrario, con un texto ambiguo, regula que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Este modo impreciso de redacción es la consecuencia natural de la crisis conceptual por la cual atraviesan los defensores de la tesis dual, dado que ellos

no discriminan correctamente la naturaleza de cada daño, no tienen en claro que la única consecuencia no económica es el clásico «daño moral» que, en una conceptualización moderna signada por las enseñanzas de la ciencia médica psiquiátrica, ya no es más el «rubro ambiguo y abierto» donde se colocaban los tipos de daños que se reconocían existente, pero no se podían ser encuadrados en algunos de los clásicos estancos (daño evento o consecuencia; patrimonial o no patrimonial) y a los cuales se los mal clasificaba como *tertium genus*, como fue el caso del daño psíquico.

Como se colige, para una correcta redacción de la norma, era suficiente con enumerar sólo al daño moral o, dicho en la terminología actual del código unificado, el resarcimiento del bienestar espiritual vulnerado, para seguir la misma metodología y no dejar sin expresar cuál es la consecuencia moral.

4.1. Análisis de las consecuencias económicas

Tanto de la vulneración de derechos o intereses legítimos relacionados con la integridad patrimonial o de la psicofísica – social de una persona, se pueden derivar consecuencias de corte económico, que conformen la primera parte del artículo 1738 del Cód. Civ. Com., que consistan en «la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances».

Sin lugar a hesitación, en el artículo se incluye el resarcimiento del clásico «daño emergente» y del «lucro cesante», tipos que están perfectamente delineados en sus características, razón por la cual nos eximimos en esta oportunidad de hacer comentario sobre los mismos.³⁵

En cambio, el nuevo tipo de daño al cual se le reconoce *statu normativo*, es la «pérdida de chance» que ya tenía recepción en la doctrina de los autores y en los fallos de los tribunales.³⁶

El Código unificado, en el artículo 1739, para *in fine*, regula que «la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador».

Además de ello, se debe tener presente que el artículo 1745 regula para la indemnización por fallecimiento que en «en caso de muerte, la indemnización debe consistir en: [...] c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido».

35 ALFERILLO, Pascual E. «Comentario art. 1738». En *Código civil y comercial. Comentado, anotado y concordado*. GARRIDO CORDOBERA, Lidia, Alejandro BORDA y Pascual E. ALFERILLO (dirs.); KRIEGER, Walter F. (coord.). Buenos Aires: Astrea, 2015, tomo 2, p. 1062; ALFERILLO, Pascual E., Juan Carlos PANDIELLA. «Daño a la persona». Córdoba: Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p. 126; entre otras obras.

36 ALFERILLO, Pascual E. Comentario art. 1738». En *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. ALTERINI, Jorge H. (director general); ALFERILLO, Pascual E., Osvaldo R. GÓMEZ LEO y Fulvio G. SANTARELLI (dirs.). Buenos Aires: Editorial Thomson Reuters-La Ley, 2015, tomo VIII, p. 197.

4.2. Análisis de las consecuencias morales

El artículo 1738 del Cód. Civ. y Com., en su segunda parte, regula que la indemnización «incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psico-física, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida».

La deficiente redacción dada al artículo, como se expresara *up supra*, nace de confundir daño moral con daño extrapatrimonial. Entre otros puntos observables, quedan en evidencia los detalles que se enumeran:

- a. Los derechos enumerados, se sostiene que forman parte del daño a la persona o, expresado de otro modo, a su integridad psicofísica y social. Es decir, son menoscabos que recaen sobre la persona dado que le vulneran algún derecho o interés legítimo.
- b. Estos menoscabos, en la terminología clásica, serían daño naturalístico o daño eventos que, en el criterio divisionista, no se resarcen.
- c. En este punto, cabe preguntarse: ¿qué son «las afecciones espirituales legítimas»? ¿Es un término equivalente a daño moral? O, ¿es un derecho o interés protegible cuya vulneración produce un daño naturalístico?
- d. Pero si se resarcen las consecuencias, ello impone la pregunta ¿qué consecuencias son las que deben indemnizarse especialmente?

Para dar una respuesta relacionada con la pregunta mayor, ¿existe una proliferación abusiva, inadecuada de tipos de daños que conspiran contra la justa reparación? Corresponde buscar respuesta, por ser uno de los rubros que plantea mayores opiniones divergentes, a la siguiente pregunta: ¿el daño moral es un daño evento o consecuencia?

Para ello, se debe examinar uno de los temas neurálgicos que ha generado una proliferación de opiniones disidentes cuando se procuró precisar qué es el daño moral en la actualidad y cuál es su vinculación con el daño psíquico.

Otro de los temas a tratar, brevemente, por cierto, es el impacto del reconocimiento normativo de la vulneración del proyecto de vida, como un tipo de daño sin antecedentes, en la dogmática argentina.

La respuesta que se dará a cada uno de estos temas centrales permitirá, en primer término, comprender las razones de la propuesta de una clasificación compatibilizada; y, en segundo lugar, fijar posición respecto de la propagación de las nuevas tipologías de daño.

4.3. El desvinculo del daño moral con el daño psíquico

La vinculación entre el menoscabo psíquico y el moral, originó durante la vigencia del derogado Código Civil, entre los juristas, una de las discusiones más profundas, por cuanto para discernir sobre la autonomía conceptual y resarcitoria, el análisis se retrotrae hasta el replanteo mismo de la clasificación de los daños en nuestra dogmática, que llevó ineludiblemente a optar entre un concepto amplio del daño moral abarcativo de toda afección extrapatrimonial o,

por el contrario, limitarlo al detrimento de los sentimientos de la persona, especialmente al *preium doloris*.³⁷

Por cierto, la evolución de la ciencia médica tiene, actualmente, un alto grado de influencia en las definiciones jurídicas, pues en la medida que se van conociendo los pormenores del funcionamiento de la psique, los mismos, deben ser tenidos en cuenta esencialmente, para elaborar una correcta conceptualización de cada daño y, consecuentemente, resarcir adecuadamente.

Los criterios de la doctrina autoral y judicial expuestos sobre la autonomía del deterioro psíquico del moral, pueden ser agrupados del siguiente modo:

4.3.1. El daño psíquico no es autónomo del moral

Esta tesis negó autonomía resarcitoria al daño psíquico, tanto del moral como del patrimonial. Tiene como punto de referencia las enseñanzas de la profesora Zavala de González, Pizarro, Bueres, entre otros, quienes parten de la clasificación bipolar de las consecuencias dañosas: o son patrimoniales o morales (extrapatrimoniales), conforme la esfera de afectación. Estos notables autores entienden que «la pretendida autonomía de estas categorías deviene de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera su lesión».³⁸

4.3.2. El perjuicio psíquico tiene autonomía conceptual, pero no resarcitoria del moral

Como una variante del criterio expuesto precedentemente, se reconoce diferencia conceptual al daño psíquico; pero, se propone su reparación dentro del

37 ALFERILLO, Pascual E. «Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona». *Doctrina Judicial*, 3 octubre 2007, año xxiii, n.º 40, p. 298. La Ley 2008-A, 159.

38 PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 71; BUERES, Alberto. «El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general». En *Revista del Derecho Privado y Comunitario*, 1992, n.º I, p. 266; AGOGLIA, María M., Juan Carlos BORAGINA y Jorge Alfredo, MEZA. «La fractura del nexo causal. La lesión psíquica y el daño moral». La Ley 1998-E, 7 - Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales, tomo II, 1111; etcétera. En la jurisprudencia: CC0102 LP 204845 RSD-5-90 S 1-2-1990, «Colman, Alberto H. y ot. c/ Castiglio, Roberto y ot. s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B150105. En el mismo sentido: Primera Cám. Civil - Primera Cir. Judicial Mendoza, 25/11/1999, Exp. n.º 32855 «Páez, Orlando David Sebastián c/ Miguel Minas y ots. - Daños y perjuicios», L. de S.156 - Fs.499; Cám. Apel. del Noreste del Chubut, sala B, 15/11/2006, «Olmedo, Nicolás Ángel y otra c/ Transur S.A. y/u otros», LLPatagonia 2007 (abril), 921, entre otros. CC0102 LP 205467 RSD-42-90 S 29-3-1990, «Vacci, Rosana y ot. c/ Alessio, José s/ Daños y perjuicios. Beneficio», JUBA Civil y Com. B150345; CC0102 LP 204845 RSD-5-90 S 1-2-1990, «Colman, Alberto H. y ot. c/ Castiglio, Roberto y ot. s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B150105. CC0102 LP 207706 RSD-57-92 S 5-5-1992, «Torlaschi de Ianattone, Elsa c/ Torres, Enrique A. y ot. s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B150575; CC0002 AZ 41578 RSD-151-00 S 9-11-2000, «Lecuona, Hugo Ángel c/ Oroná, Eriberto Gustavo y otros y Recci Iris Perla y otra c/ Oroná Eriberto Gustavo y otros s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B3100525, entre otros.

menoscabo moral.³⁹

4.3.3. El menoscabo psíquico es autónomo del moral

En los últimos años se comprueba la existencia de una línea de pensamiento que defiende la independencia conceptual y resarcitoria del perjuicio psíquico frente al daño moral.⁴⁰ Éste es el criterio que sostiene el Código Civil y Comercial en el artículo 1746, donde se regula el modo de resarcir la incapacidad sobreviniente por daño psicofísico (fórmula de la matemática financiera).

4.4. Criterios para tipificar el desvinculo del daño psíquico del moral

El paso ineludible del razonamiento para diferenciar el daño psíquico del moral, es definir los perfiles que le dan autonomía conceptual y resarcitoria al primero.

Para cumplir esa tarea, se enumeran algunos de ellos.

4.4.1. Configura una afección patológica

Algunos fallos utilizan como métrica para definir la existencia de daño psíquico, cuando la perturbación configura una «afección patológica», es decir, siguiendo la definición del diccionario de la Real Academia Española, cuando constituye una enfermedad o sea síntoma de ella.

Así es entendido cuando se valoró que «la afección psíquica supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera el equilibrio básico, mientras que el daño moral, implica existencia de una lesión de sentimientos o de la tranquilidad anímica, configurándose órbitas conceptualmente autónomas a los fines resarcitorios».⁴¹

Asimismo, que «el daño psicológico resarce y compensa el dolor que ex-

³⁹ GALDOS, Jorge M. «Acerca de daño psicológico», JA 2005-I-1197 - SJA 3/3/2005. En jurisprudencia: CC0103 LP 211986 RSD - 103-92 S, 30/4/1992, «Giacomin, Pedro c/ Gerez, Walter R. - Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B200359.

⁴⁰ ALFERILLO, Pascual E. «El desvinculo del menoscabo psíquico del daño moral», 2009-3, Daño a la persona. *Revista de Derecho de Daños*. Buenos Aires-Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, p. 29; «El daño psíquico. Autonomía conceptual y resarcitoria». La Ley 07/10/2013, 1, La Ley 07/10/2013, 1, AR/DOC/3611/2013. En igual sentido, RODRÍGUEZ, Lorena. «Daño moral y daño psicológico: nuevamente en tensión», LLC2009 (mayo), 370; RCyS 2009-VI, 57. Jurisprudencia: C.S.J.N., 30/09/2003, P. 105. XXXVII. «Parisi, Jorge Óscar y otros c/ Obra Social del Papel Cartón y Químicos y otros», T. 326, P. 3961; SCBA, AC 79853 S 3-10-2001, «Junco, Julio c/ Materia Hnos. S.A.C.I.F. s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B25889; CC0102 LP 233858 RSD-7-1 S 3-7-2001, «De Blasis, Rubén c/ Domenech, Carlos s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B152488; CC0102 LP 217591 RSD-157-94 S 1-9-1994, «Domínguez, Zenón c/ Higa, Juan Alberto s/ Daños y perjuicios», CC0102 LP 226989 RSD-96-97 S 15-5-1997, «Cerfoglio, Patricia c/ Cascaillare, Ricardo s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B151226. También se puede consultar: CC0102 MP 73774 RSD-389-89 S 7-11-1989, «Prato de Gil, María c/ Darnes, Claudio y Nobleza Picardo s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B1400023; Cám. Civ. Com. y Minería de San Juan, Sala Primera, 26/11/2008, autos n.º 19.569, «Urcullu, Jorge E. c/ Giménez, Miguel B. y Tac Ltda. - Daños y perjuicios - Sumario», L. de S. t. 102, f. 83/141, entre otros.

⁴¹ CC0002 LZ 16452 RSD-262B-97 S 30-9-1997, «González de Velásquez M. E. c/ Pallet Héctor s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B2600130.

cede aquel que de ordinario se origina a raíz de un hecho traumático – como lo es un accidente con consecuencias de incapacidad –, en razón de sentimientos comunes y elementales derivados de él. Para su determinación, de existir una patología básica, debe descartarse aquella sintomatología que no está conectada con la situación traumática vivida».⁴²

4.4.2. Alteración profunda del equilibrio emocional

Al respecto, se opinó «para que el “daño psíquico” aparezca con entidad suficiente como para ser considerado rubro indemnizatorio independiente (del daño moral p. ej.) debe comportar una alteración de la personalidad de la víctima, es decir, que consista en una perturbación profunda del equilibrio emocional, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración al medio social. Y constituye un “daño material” en la medida en que influya sobre las posibilidades económicas futuras del damnificado».⁴³

Como se puede inferir, esta tesis es una alternativa de la primera, por cuanto al requerirse la alteración profunda del equilibrio emocional, estamos en presencia de una situación patológica de la psiquis.

4.4.3. Merma funcional del compuesto humano

Otro tanto ocurre con los pronunciamientos en los cuales se expresa que «el daño psicológico no se confunde con el moral, en tanto el primero se traduce en una merma funcional del compuesto humano, siendo la incapacidad que genera incluso susceptible de ser medida en porcentuales según los distintos baremos en uso, mientras que el segundo se refiere a un menoscabo en las afecciones íntimas de una persona, insusceptible de tabulación alguna (doct. arts. 1067, 1068 y 1078 Cód. Civ.). En función de ello, el daño psicológico como así también el costo de su tratamiento, para recibir resarcimiento por vía judicial, deben ser materia de pedimento expreso (arts. 330 y 163, inc. 6, Cód. Proc.). Ello no empece a que, habiéndose reclamado por daño moral, no se evalúe la incidencia que el anterior de existir en relación causal con el accidente (arts. 901, 903 y 904 Cód. Civ.) tenga en la generación de este último».⁴⁴

42 CC0100 SN 2785 RSD-16-1 S 22-2-2001, «Damonte, Alberto Andrés c/ San Juan Alberto y otros s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B856115. De igual modo, se puede consultar: Cám. Apel. Civil y Com. Octava Nominación de Córdoba, 07/06/2001, Sent., «Navarro Carlos Desiderio c/ Raúl Alberto Lobotrío y otro - Ordinario»; Cám. de Apelación Primera Civ. y Com. de Santiago del Estero, 11/09/2007, «P. R. P. c/ D. F. A. s/ Filiación Extramatrimonial - Benef. de Litigar Sin Gastos».

43 CC0101 LP 236546 RSD-33-1 S 27-3-2001, «Fernández, Rodolfo c/ Acosta, Lorenzo Mario s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B101467; CC0101 LP 215890 RSD-4-94 S 1-2-1994, «Torres, Ramón y ot. c/ González, Guillermo Fabián s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B100362; 236546 RSD-33-1 S 27-3-2001, «Fernández, Rodolfo c/ Acosta, Lorenzo Mario s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B101467.

44 CC0002 SM 48523 RSD-435-00 S 19-10-2000, «Bartolomeo, Miguel Ángel c/ Municipalidad de Gral. San Martín s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com. B2001716.

4.4.4. Debe producir una alteración psíquica permanente

La Suprema Corte de Justicia de la Nación exige como requisito para la configuración del daño psíquico o psicológico, que el mismo tenga carácter de permanente.

Ahora bien, tratando de interpretar este requisito, debe ser entendido lo permanente como patológico, en contraposición con el moral que asume como dolor, angustia, etcétera, un carácter transitorio. De no ser de este modo, se arribaría a la conclusión (entendemos no querida por este tribunal) de que los daños psíquicos transitorios, aquellos que pueden ser superados en el tiempo con un correcto tratamiento médico psiquiatra, no serían indemnizables como tal, quedando como interrogante si los mismos serían indemnizables como daño moral.

Sin perjuicio de estas especulaciones doctrinarias, el Máximo Tribunal Federal ha sostenido sobre el punto que «el daño psíquico o psicológico debe ser reparado en la medida en que asuma la condición de permanente».⁴⁵

En otras palabras, «para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso».⁴⁶

4.4.5. El menoscabo a la integridad psíquica es un daño material

Como un paso en la evolución de las opiniones autonomistas, se verifica que algunos fallos agregan al requisito de que debe configurar una patología, la clasificación del menoscabo de la integridad psíquica como daño material, para diferenciarlo del moral.

Este razonamiento quedó materializado cuando la Corte de Buenos Aires dijo que «los perjuicios indemnizables por daño psíquico tienen sustanciales diferencias respecto del daño moral, las que van desde su origen (en un caso de tipo patológico y en el otro no), hasta la entidad del mal sufrido (material uno, inmaterial el otro), con la consecuente proyección de efectos dentro del ámbito jurídico procesal en materia probatoria (el daño psíquico requiere de pruebas extrínsecas en tanto el daño moral se prueba en principio *in re ipsa*)».⁴⁷

En otras palabras, el menoscabo psíquico es un daño material porque se produce sobre la integridad de la persona, el cual conforme la manda del artículo 1746 Cód. Civ. y Com., se mide en porcentual de incapacidad y genera incapacidad sobreviniente.

⁴⁵ CSJN, M. 424. XXXIII. «Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», 20/03/03, tomo 326, p. 847.

⁴⁶ CSJN, C. 742. XXXIII. «Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», 29/06/04, tomo 327, p. 2722, L.L. 08-11-04, n.º 108.279, E.D. 30-11-04, n.º 331, p. 73. XXIII. «Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios», 1/12/92, tomo 315, p. 2834; L. 264. XXII. «Levaton, David c/ Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos», 23/05/89, tomo 312, p. 752.

⁴⁷ SCBA, AC 69476 S 9-5-2001, «Cordero, Ramón Reinaldo y otra c/ Clifer s/ Daños y perjuicios», JUBA Civil y Com.B25711, DJBA 161, 1.

4.5. Nuestro pensamiento sobre la relación entre el daño psíquico y el moral

4.5.1. El daño psíquico tiene identidad ontológica

El desarrollo expositivo realizado hasta este punto, permite aseverar, sin lugar a hesitación, que el daño psíquico, a pesar de no ser una figura clásica del Derecho, sino por el contrario, de reciente aparición en el mundo médico-jurídico, ha logrado plena identidad ontológica.

En este sentido, bien se lo conceptualiza como la lesión o perturbación patológica de la integridad psíquica de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente, comprende tanto las enfermedades mentales permanentes, como los desequilibrios transitorios; pero, siempre implica en todo caso, una faceta morbosa, que incide en la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual, familiar y de relación, dificultando su reinserción en la sociedad.⁴⁸

Por su parte, Risso define al daño psíquico, con alguna variante, diciendo que es el «síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal y concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito) que ha ocasionado disminución de las aptitudes psíquicas previas (incapacidad) que tiene carácter irreversible cronicidad o al menos jurídicamente consolidado (dos años)».⁴⁹

Como se colige, con la colaboración de la ciencia médica se puede perfectamente conceptualizar qué es el daño psíquico, cuáles son sus elementos tipificantes, cuándo se produce, cómo se mide el deterioro. Y, a partir de ello, se puede –por cierto– definir cuál será el método a utilizar para cuantificar su resarcimiento, que el Código Civil y Comercial precisa en el artículo 1746.

El punto generador de opiniones divergentes en la doctrina autoral y jurisprudencial, es la falta de acuerdo sobre la identidad ontológica del daño moral, falencia que produce todo tipo de complicaciones al momento de comparar el mismo con el menoscabo psíquico y, a partir de ello, definir su autonomía resarcitoria.

4.5.2. No existe acuerdo sobre la identidad ontológica del daño moral

La historia del daño moral señala que no tiene una identidad ontológica consolidada que sea aceptada por la mayoría de los autores y magistrados; sino por el contrario, se reiteran frases con distintos matices que colaboran para dar mayores dificultades para tener una conceptualización estable y medianamente uniforme del daño moral.

En los párrafos precedentes se explicó los cambios científicos acaecidos que permiten un mejor conocimiento del interior psicofísico del ser humano y,

48 GHERSI, Carlos Alberto. «Cuantificación económica - Daño moral y psicológico - Daño a la psiquis». Buenos Aires: Astrea, 2002, 2.^a edición, pp. 251 y ss.

49 Risso, Ricardo Ernesto. «Daño psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial». ED, 188-985. Visto en: <http://www.aap.org.ar/publicaciones/forense/forense-12/tema2.htm>; CSJN Cuadernos de Medicina Forense, mayo 2003, año 1, n.^o 2, pp. 67-75. Visto en: http://www.csjn.gov.ar/cmf/cuadernos/1_2_67.html.

a la par, la humanización social que ha desplazado al materialismo reglado en el siglo XIX. Estas circunstancias imponen el deber de reformular el contenido de cada daño y también su clasificación.

En ese sentido, en la actualidad no se puede aceptar como jurídicamente correcto, la equiparación del daño moral con el daño extrapatrimonial, sin ajustar y coordinar esta clasificación a otras distinciones pregonadas por autores, como la existencia del daño evento y del daño consecuencia, pues apenas iniciada esa tarea se verifican desarmonías.

Por ello, resulta técnicamente más idóneo hacer referencia al daño producido a la integridad psicosomática - social de una persona o simplemente a la persona, y no al daño moral que debe ser reservado para referenciar a una de las categorías que se pueden verificar dentro de las consecuencias.

En otras palabras, el daño moral es una categoría más dentro de los daños producidos a la psique de las personas, que tiene la especial característica de ser una consecuencia derivada de otros menoscabos producidos a la integridad psicofísica social o a la patrimonial.

Para comprender cuál es el contenido de la «consecuencia moral» de un daño producido a la integridad de una persona, en primer lugar, se debe determinar cuándo la conducta o hecho dañador produce el menoscabo de la integridad física, psíquica o social de la persona puede generar, a la par de secuelas económicas, un menoscabo moral que consiste en una minoración de su bienestar psíquico que no llega a ser patológico.

En otras palabras, el perjuicio moral debe ser calificado como «consecuencia», porque es siempre secuela que acaece sobre la integridad de la psique de la persona de modo no patológico, derivado de la vulneración de un derecho o interés relacionado con la integridad psicosomática-social o patrimonial de la persona. Vale decir, es un «daño consecuencia» (terminología anterior) o, simplemente, es la consecuencia moral de un perjuicio causado a los derechos e intereses legítimos de una persona que genera un estar divalioso en la espiritualidad de la misma.

De conformidad con los conceptos expuestos precedentemente, tanto el daño moral como el psíquico son menoscabo que se producen en la psique de las víctimas y, sin lugar a duda, pueden tener un mismo origen, teniendo en cuenta, en primer lugar, el tipo de acción jurídicamente reprochable (básicamente anti-jurídica) que genera el menoscabo y, posteriormente, el tipo de derecho o interés afectado, sea de la integridad biológica-psíquica-social de la persona o de su integridad patrimonial.

Frente a esta respuesta y partiendo de entender que el «daño moral» es el primer peldaño en la escala progresiva de los detrimientos psíquicos, que no alcanza a configurarlo porque le falta la connotación patológica, debemos aseverar que el perjuicio psíquico es de mayor envergadura, más grave, más profundo que el daño moral.⁵⁰

50 A partir de ello, cabe preguntar: ¿es posible que el daño moral pueda ser absorbido por el daño psíquico? La conclusión precedente, inevitablemente, lleva a aseverar que el daño moral, en prin-

Para cerrar este apartado, se precisa que el daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico sin que ese estado negativo sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etcétera) llegue a configurar una situación patológica.

Es decir, en última instancia, en la actualidad el «daño moral» es el clásico *prestum doloris*, que modernamente debe ser entendido como un estar novedoso y disvalioso de la psique de la persona que no llega a ser patológico derivado de la vulneración de un derecho o interés legítimo de la persona generado por una acción jurídicamente reprochable.⁵¹

4.5.3. El «daño moral» en el Código Civil y Comercial

En la normativa del Código Civil y Comercial se hace una mínima referencia, *in concreto*, al daño moral,⁵² razón por la cual, se debe estimar que mantiene este tipo de daño en su regulación.

Ello, por cuanto en el artículo 1738 del Cód. Civ. Com., se hace referencia a que la indemnización «incluye especialmente las consecuencias de la violación de [...] sus afecciones espirituales legítimas [...]», que impone la tarea de tratar de vislumbrar si se está haciendo referencia al clásico daño moral o es una nueva tipología de daño receptada por el código unificado.

Para iniciar el examen, corresponde realizar el análisis gramatical de la palabra «afección» —cuarto significado—, que hace referencia a enfermedad, razón por la cual, corresponde interpretar en una primera impresión que el Cód. Civ. y Com., tutela una situación patológica del espíritu cuando, «en buen romance», lo

cipio, es factible que en algunos casos pueda ser absorbido por el daño psíquico. Ello acontece cuando el agravamiento de los padecimientos psíquicos excede la esfera reservada para el daño moral y se transforman en enfermedad psíquica, en una patología. Esta posibilidad deja al descubierto otros problemas como, por ejemplo, interrogar si cuando hay pérdida del estado de conciencia, puede o no existir en paralelo al menoscabo neurológico o psíquico, el daño moral. Las respuestas a estas nuevas preguntas exceden el marco propuesto para esta investigación que intenta demostrar, en esta parte, el estado actual del desvinculo entre el daño psíquico y el moral.

51 Cám. Nac. Apel. Civ., sala A, «Gómez, Gladys Raquel c/ Metrovías S.A.», 29/11/2007, La Ley Online, AR/JUR/8087/2007. En este fallo se juzgó que «*el daño psíquico no debe cuantificarse junto con el daño moral, ya que aquél constituye un rubro resarcitorio autónomo, siendo que ambos perjuicios poseen distinta naturaleza, dado que el primero reviste la calidad de daño patrimonial, mientras que el segundo afecta los intereses extrapatrimoniales*». En igual sentido: Cám. Quinta Apel. Civ. y Com. Córdoba, 23/02/2005, «Raffin, Arturo F. c/ Municipalidad de Córdoba y otro», LLC 2005 (agosto), 778. Cám. Apel. Civ. y Com. de 3.^a Nominación de Santiago del Estero, «Galván, Haydee Cristina y otros c/ Rodríguez Arias, José A. s/ daños y perjuicios - beneficio de litigar sin gastos», 24/04/2013, AR/JUR/31868/2013. (del voto del Dr. Argibay Berdaguer); Cám. Apel. Civ., Com. y Contencioso-Administrativo Río Cuarto-Córdoba, 09/08/1996, «O., M. A. c/ V., A. M.», LLC 1996, 1127, entre otros.

52 Ver: artículo 151, relacionado con el nombre de las personas jurídicas, cuando se utilizan el personal de algunos de sus integrantes y al momento de fallecer «sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales». De igual modo, se referencia el artículo 744, cuando declara excluido de la garantía prevista en el artículo 743: «[...] f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica [...].».

que se debe proteger el bienestar espiritual de la persona, que cuando es vulnerado, se resarce con una suma dineraria.

Ahora bien, la utilización del término «espirituales», hace necesario que se verifique su significado, que está íntimamente relacionado con la palabra «espíritu» que tiene un sinnúmero de significados, de los cuales se eligen los que se relacionan con la persona y así se verifica que, en su primera acepción, hace referencia a un ser inmaterial y dotado de razón; y, en la segunda, al alma racional.

En la literalidad, tendríamos hasta este punto, que se autoriza el resarcimiento de las consecuencias derivadas de las enfermedades del alma racional que sean legítimas. La frase *per se* explica los defectos de redacción de la norma.

La dificultad, como se colige, es dimensionar jurídicamente el daño al espíritu, pues en el estado actual de la evolución de la ciencia, la misma no puede corroborar efectivamente que ello sea factible, más allá de que se conocen algunos estudios que indican que la memoria humana estaría situada en el espíritu y no en la parte psicofísica de la persona.

En este punto del análisis, se debe precisar si el Código Civil y Comercial con la frase contenida en el 1738, «afecciones espirituales legítimas» se procuró hacer referencia al clásico «daño moral», o tutelar un tipo nuevo de menoscabo a la persona independiente del primero.

Más allá de la escasa referencia al daño moral contenida en el Cód. Civ. y Com., se estima que cuando se regla que deben ser resarcidas las afecciones espirituales legítimas, se procuró de un modo inadecuado describir al daño moral.

Por ello, en la actualidad está verificado que el clásico «daño moral», se presenta como un estar disvalioso de la psique que no llega a configurar una patología, por lo cual, las afecciones estrictamente espirituales no estarían comprendidas.

Evidentemente, cuesta un esfuerzo hermenéutico significativo aseverar que el daño moral está comprendido en el artículo 1738, cuando se hace referencia a las «afecciones espirituales legítimas». Únicamente teniendo la flexibilidad de interpretar que cuando se hace referencia al «daño espiritual» se refiere con esa expresión, a la vinculación, aun científicamente ambigua que está en proceso de estudio, entre el espíritu y la mente (la psique).

Este análisis estricto de la literalidad de la norma, que puede superar la interpretación jurídica cotidiana que siempre es reticente a los cambios, muestra la crisis de identidad del «daño moral», que exige una energía especial para tratar de definir su contenido conforme al actual estado de evolución de la ciencia jurídica.

En otras palabras, el menoscabo moral o «daño moral» que sobrevive como categoría en el Cód. Civ. Com., es siempre una consecuencia de esa naturaleza que acaece cuando se vulnera el bienestar psíquico (o, si se prefiere, espiritual) de una persona, sin llegar a configurar una patología derivada de un perjuicio producido a los derechos e intereses legítimos de la misma, sean psicofísicos-sociales o patrimoniales.

Finalmente, resaltar una muestra más de la confusión conceptual de los teóricos de la tesis dual, cuando en el artículo 1741 Cód. Civ. Com., hacen refe-

rencia como título a la «Indemnización de las consecuencias no patrimoniales» (en plural), significando con ello, la posibilidad de que exista más de una consecuencia no patrimonial. Por nuestra parte, se estima que existe una sola, la consecuencia moral o «daño moral», conforme clasificación desarrollada *in extenso up supra*.

4.6. La incorporación del daño por interferencia al proyecto de vida

El artículo 1738 del Cód. Civ. y Com., en su segunda parte, regula «incluye especialmente las consecuencias [...] que resultan de la interferencia en su proyecto de vida». Es decir, introduce una categoría nueva resarcible, lo cual impone la necesidad de calificar y clasificar el tipo en el contexto global del derecho de daño. En ese sentido, a partir de su conceptualización se procurará precisar si el mismo debe ser ubicado dentro de la categoría de «daño evento», o es una consecuencia.

4.6.1. Conceptualización

La autoría intelectual del daño al proyecto de vida, debe ser reconocida a Fernández Sessarego, quien, inspirado en la doctrina italiana, se fundamenta en el principio de libertad, que es parte esencial e indisoluble de la estructura del ser humano, quien tiene la capacidad, en base a sus propias experiencias del pasado, de proyectar su futuro.

Así lo expresa el propio autor, cuando precisa que «la libertad ontológica es el ser mismo del hombre. La persona humana es un ser libertad. La libertad es lo que caracteriza al ser humano, lo que lo hace ser el ente que es y no otro. Ser libre es “ser yo mismo”. La libertad diferencia al ser humano de los demás entes del mundo. Es, por ello, el único ser espiritual, capaz de vivenciar valores».⁵³

A partir de esta base, sostiene respecto del «proyecto de vida» y la personalidad del ser humano que

[...] es, un ideal por alcanzar, contando, como está dicho, con las capacidades y potencialidades de cada cual y las opciones que le ofrece el mundo circundante. Por ello, el éxito en cuanto a la realización del proyecto de cada ser humano está condicionado a que se presente y se den estas favorables condiciones. Todos los ideales del ser humano no son posibles de cumplir debido a las limitaciones propias de cada uno y de aquellos condicionamientos provenientes del mundo en que se vive. Pero, también, hay proyectos que desbordan las posibilidades reales del ser humano como aquéllos nacidos de la fantasía, imposibles de realizar.

53 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica», RCyS, 2013-IV275. Completa su apreciación diciendo que «a la libertad no se le puede definir. No es “algo”, una cosa u objeto, que tenemos ante nuestra mirada, que podamos describir. No es un ente exterior a nosotros mismos. Pero, a pesar de ello, de alguna manera debemos mencionarla. Por ello, es que cuando nos referimos a la libertad a falta de una definición o descripción se le suele mentar a través de uno de sus más notorios atributos –tal vez el que nos resulta más importante o perceptible– como es, entre otros, pero preferentemente, el de la capacidad inherente al ser humano de valorar, adoptar decisiones y de elegir y preferir, por sí mismo, entre uno u otro cualquier acto o conducta, sin límite alguno. Es decir, imaginar y concebir en el mundo interior un determinado acto o conducta para su concreción en la realidad del existir, para que la libertad ontológica se convierta en libertad fenoménica».

La decisión de llegar a la perfección es una meta ideal, un rumbo a seguir, un modelo de vida. Pero, bien lo sabemos, no es posible llegar a alcanzarla. No puede haber ningún hombre perfecto. Sin embargo, existe un mandato, que nace de la propia dignidad de la persona, de hacer lo indecible para aproximarse a la perfección. Es el presupuesto para realizar una vida egregia, auténtica, que valga la pena vivirla.⁵⁴

La decisión de vida adoptada por el ser humano se enfrenta con la realidad, y es allí donde se le presenta

[...] la complejidad del proyecto de vida se percibe principalmente en dos instancias. La primera se manifiesta en el momento de decidir vivir conforme a un cierto proyecto desde que puede abarcar varias actividades simultáneamente como la profesional y la familiar. No sólo se le concibe en una dirección, con un solo destino, sino que éste, como en el caso propuesto, abarca dos dimensiones: el que voy a «hacer» en la vida y con mi vida y si ello se hará a partir de un núcleo familiar o en forma solitaria.

La otra instancia, como apunta Vilanova, es que aun en el caso de existir una decisión dominante en cuanto al proyecto elegido en un momento cualquiera, debe considerarse que tal decisión no va sola. Ella va «acompañada —con un grado diverso de actualidad, por supuesto— por todas las decisiones de carácter permanente que se han ido tomando en el pasado y que no han sido revocadas o, al menos, puestas en crisis». ⁵⁵

Como se colige, la interferencia al proyecto de vida no tiene tradición en nuestro ordenamiento jurídico y, fundamentalmente, en esta etapa inicial, vigencia en que se encuentra más allá de haber recibido consagración en los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. El problema se traslada a la determinación de cuál sería la punición civil cuando la figura se tipifica en un caso, que no siempre responde a una cuantificación dineraria, la compensación, más cuando es tradición jurídica resarcir el daño emergente y lucro cesante. Y ahora, con su consagración normativa expresa, la pérdida de chance impone un pormenorizado estudio a fin de no resarcir más de una vez el mismo menoscabo, aun cuando tengan una denominación diferente.⁵⁶

Zavala de González, con igual criterio crítico, sustenta en su posición dualista del daño, que la interferencia al proyecto de vida no constituye un rubro autónomo, al decir que «así lo demuestran razonamientos según los cuales el daño al proyecto de vida sería “diferente del psicosomático en cualquiera de sus modalidades” y “debe ser ponderado por el juez de manera independiente de aquél”, con olvido de que los desmedros a la salud, especialmente si son intensos

⁵⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica», RCyS, 2013-IV275. Además, se puede consultar del autor: «¿es posible proteger jurídicamente el proyecto de vida?». En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, n.º 3, marzo 2010. En *Foro Jurídico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, año iv, n.º 84 y en *Revista Jurídica del Perú*. Lima, febrero 2008, n.º 84.

⁵⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica», RCyS, 2013-IV275, cita a VILANOVA, José M. Proyecto existencial y programa de existencia. Buenos Aires: Astrea, 1974, p. 82.

⁵⁶ BURGOS, Osvaldo R. «El resarcimiento de los daños al proyecto de vida en el Código Unificado. Persona y reparación integral desde el enfoque de las capacidades», RCyS, 2012-XI17.

y perdurables, menoscaban seriamente la libertad: “achican” las opciones existenciales. Hay un error perceptivo, según es evidente en una castración, que, desde luego, produce una mutilación psicosomática y, coetáneamente, puede afectar el proyecto vital de traer al mundo hijos propios.

Más acertado, en cambio, es «reconocer que, dada la unidad existencial, todos los daños están correlacionados, incidiendo en las otras esferas de la persona», como ocurre en un prolongado y cruel encarcelamiento que, de suyo, repercute en la esfera psicosomática de la víctima.

Lo expuesto implica —continúa la autora— que el daño a proyectos vitales suele «acompañar» e «integrar» otras lesiones: psicosomáticas, muerte de seres queridos, privación de libertad física, serias ofensas al honor [...]. Y que cualesquiera de tales desmedros pueden ser continuos y prolongarse hacia el futuro de la víctima, según se verifica ante la pérdida de un hijo, que se experimenta para siempre, aun cuando no mutile del destino integral del progenitor, eventualmente también orientado hacia otros descendientes».⁵⁷

Por su parte, Galdós, a partir de su reconocida postura dualista, entiende que

El daño al proyecto de vida refleja, al menos hasta ahora, la problemática propia de todos los «nuevos» daños al acentuar la necesidad imperiosa de resolver el triple problema de identificarlo, categorizarlo y cuantificarlo. Identificarlo significa individualizar y precisar su contenido y deslinde, dotándolo de autonomía conceptual; categorizarlo importa subsumirlo, según el caso, en una o en ambas órbitas del daño patrimonial o extrapatrimonial, discriminando su incidencia en la repercusión final de ese género. Cuantificarlo, en esta etapa final, implica asignarle valor pecuniario, sea separado del rubro genérico (daño patrimonial o moral) o dentro de ellos, según las conveniencias prácticas del caso en juzgamiento, lo que obviamente necesita insoslayablemente de su previa y concreta individualización.

Su emancipación nominal o conceptual no conduce a una independencia resarcitoria que confunda, duplique o superponga ni los daños ni su cuantía. No se pretende auspiciar esnobismos retóricos o abstracciones discursivas vacías de contenido que impliquen, de modo expreso u oculto, indexar los daños a las personas o incrementar incausadamente las indemnizaciones.⁵⁸

Completa su pensamiento expresando que

El desarrollo del daño al proyecto vital puede desenvolverse satisfactoriamente en el carril de las dos únicas exteriorizaciones del daño, como material o moral, según criterio dogmático que es de aplicación para todos los daños, los clásicos y los «nuevos» [...] solo la «justa reparación» es la «reparación íntegra» del daño inmerecido y la reparación plena comprende «todo» el daño; no es más pero tampoco menos que el concreto perjuicio que sufrió la persona humana, atendiendo a toda su particular singularidad. Si bien el *nomen iuris* contribuye a evitar superposiciones conceptuales e indemnizatorias y obviamente a tipificar el instituto, lo que realmente importa es lograr una adecuada simetría entre el *quid* y el *quantum* del daño jurídico, en base a las imprescindibles pautas de realismo jurídico y razonabilidad judicial.⁵⁹

57 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. «Daño a proyectos de vida». La Ley, 2005-D, 986; RCyS, 200593; LLPatagonia, 20051153; Responsabilidad civil - Doctrinas esenciales, tomo II, p. 1271.

58 GALDOS, Jorge M. «¿Hay daño al proyecto de vida?». La Ley, 2005-E, 1027; Responsabilidad civil - Doctrinas esenciales, tomo II, p. 1285.

59 GALDOS, Jorge M. *Idem*.

Como se puede inferir, el daño por injerencia en el proyecto de vida es introducido a la vida jurídica argentina por el Código Civil y Comercial, motivo por el cual deberá iniciar su etapa de acomodamiento dentro del andamiaje normativo, por lo cual, corresponde revisar qué modifica de los espacios normativos tradicionales y cómo es alterada su conceptualización ideal por la doctrina viva de los tribunales. Es decir, es un tema *in fieri* que recién comienza y en este comentario, debemos detenernos para revisar el modo de resarcirlo, sin que haya superposición con otros rubros ni deje de ser satisfecho en la indemnización.

4.6.2. La relación con la «pérdida de chance»

La «pérdida de chance» es receptada normativamente en el artículo 1738 Cód. Civ. Com., después de una larga elaboración realizada por la doctrina de los autores y los fallos de los tribunales. Sin embargo, el código no la define, sino que simplemente regula que entre las consecuencias patrimoniales es resarcible la pérdida de chance, razón por la cual, recurriendo a su significado, básicamente, el hecho generador del daño, perjudica la integridad patrimonial de la víctima porque frustra la «oportunidad o posibilidad de conseguir algo».

De esta conceptualización se infiere, que la norma tiene un margen muy amplio de posibilidades y no se limita a la probabilidad de alcanzar una suma de dinero de un modo directo, sino que puede, la víctima, verse privada de alcanzar otros objetivos que indirectamente deban ser compensados mediante el otorgamiento de una suma dineraria.

En otras palabras, la pérdida de chance se configura en la frustración del beneficio esperado, de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. Como se colige, se deja asentado una conceptualización clara de qué debe entenderse por pérdida de chance, que en general responde a las opiniones vertidas por la doctrina de los autores y los criterios plasmados en sus fallos por el saber de los tribunales.⁶⁰

Zannoni define que «la chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser difícil estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado, como tal».⁶¹

⁶⁰ ALFERILLO, Pascual E. *Responsabilidad profesional de los abogados*. Universidad Nacional de San Juan, Foro de Abogados de San Juan e Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. San Juan, 2013, pp. 178 y ss.

⁶¹ ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993, 2.^a edición actualizada y ampliada, 1.^a reimpresión, p. 78. Este autor, en la p. 76, sostiene que «cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una chance, de una probabilidad, existen a la vez –es decir, coexisten– un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza que, de no mediar el evento dañoso –trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual–, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado».

Anteriormente, Bustamante Alsina entendió que «si bien lo que daría al daño el carácter de eventual sería la probabilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio, hay, por otra parte, una circunstancia cierta: la ‘oportunidad’ de obtener la ganancia o de evitarse el perjuicio, y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero, o a causa de la inejecución de la obligación por el deudor. Si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse. La indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad».⁶²

La génesis doctrinaria de la «pérdida de chance», como consecuencia patrimonial del daño padecido por la integridad patrimonial o psicofísica-social de la persona, generó una larga serie de interpretaciones que parten de observar que no es indemnizable una mera expectativa, sino que esa probabilidad debe tener un grado mínimo de factibilidad de que en el futuro se concretará siguiendo el curso natural de los aconteceres de la vida de la víctima. A mayor posibilidad de concretarse en la vida real la expectativa, se incrementa la factibilidad de que la jurisdicción recepte el reclamo como resarcible.

En los últimos tiempos, la doctrina judicial ha sostenido que «el objeto de la pérdida de chance [...] radica en la probabilidad de obtener ganancias o beneficios materiales en el futuro, frustrada como consecuencia del detrimento producido. Así, para admitir un lucro cesante es menester únicamente una certeza relativa o seria probabilidad del beneficio que el hecho ha truncado. La “chance” concluíamos no llega ni siquiera a la certeza relativa, basta una probabilidad suficiente [...] de lograrlos».⁶³

En esa misma dirección, se precisó que «la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o límitrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para

62 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1997, 9.^a edición ampliada y actualizada, p. 179. MOISSET DE ESPANÉS, Luis y José Fernando MÁRQUEZ. *Responsabilidad de daños y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Zavalía, 2009, p. 194, recuerdan que en las X Jornadas Científicas de la Magistratura realizadas en Córdoba (1994), se sostuvo como conclusión que la pérdida de la oportunidad de alcanzar un beneficio o evitar un perjuicio, tanto patrimonial como extrapatrimonial, debe ser resarcida a título de «chance», cuando dicha oportunidad tenga una probabilidad suficiente de que se produzca. Ello, por cuanto la determinación de la oportunidad —base del origen de la chance— debe efectuarse desde el juzgador, atendiendo a su realidad social y particularidades propias del medio en el cual se halla inserto. Finalmente, se puntualizó que la medida de la reparación de las chances tiene inmediata vinculación con la intensidad o grado de probabilidad de la oportunidad frustrada.

63 TSJ Córdoba, Sala Penal, sent. 39, 24/5/2004, expediente «B», 18/02, «Bravo, Francisco David p.s.a. Homicidio preterintencional. Recurso de Casación e Inconstitucionalidad» (voto Tarditti).

un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades».⁶⁴

Como se colige de las conceptualizaciones doctrinarias y jurisprudenciales transcriptas, entre el daño por la frustración del proyecto de vida y la pérdida de chance, tienen en común una proyección en el futuro programado de la víctima que puede o no acontecer, dado que se pondera la frustración de probabilidades de obtener alguna ventaja.

El punto que marca la diferencia entre ambos, está en considerar que el daño por la «frustración del proyecto de vida» es un menoscabo, lesión o naturalístico específico que recae sobre la persona; en cambio, la pérdida de chance es una consecuencia de la pérdida de un derecho o un interés que puede afectar, en general, tanto la integridad psicofísica y social de la persona o su patrimonio, del cual es titular la persona producido por el hecho dañador.

Es decir, la «pérdida de chance» puede ser una de las consecuencias económicas del menoscabo de cualquier derecho o interés sobre la integridad de su persona o su patrimonio, incluyendo la «frustración del proyecto de vida». En otras palabras, las consecuencias económicas del menoscabo del proyecto de vida de una persona, pueden ser resarcidas como pérdida de chance. También cabe resarcir el daño moral cuando se haya vulnerado el bienestar espiritual.

V. CONCLUSIONES

El régimen legal iusprivatista argentino, al igual que en otros países, padece la falta de coincidencia en la determinación del contenido de cada rubro cuando se hace la valoración del mismo.

Esta situación es muy evidente si se formula un seguimiento de la conceptualización dada por los distintos autores al daño moral.

De igual modo, la aceptación sin mayores precisiones de la diferencia entre «daño evento», «naturalístico» o «biológico» del «daño consecuencia», llevó a confusiones a la hora de precisar en las sentencias cuál era el daño que se indemnizaba concretamente.

Por otra parte, existe un enfrentamiento implícito entre quienes propugnan limitar los resarcimientos en función de especulaciones materialistas que responden a intereses sectoriales y, aquellos que predicen en base a concepciones humanistas, resarcimientos que respondan al concepto de reparación integral.

Toda esta imprecisión en la valoración, propia de la naturaleza del daño, especialmente cuando recae sobre la persona, se ve agravada por la mayor información que aporta la ciencia en el conocimiento pormenorizado del ser humano, que permite diferenciar con mayor rigor técnico el contenido, el «qué» de cada tipo de daño.

⁶⁴ C1.^a Civ. y Com. Córdoba, 22/12/2003, sent. 212, «Barale Germán Alberto. Municipalidad de Córdoba - Ordinario». Revista Actualidad Jurídica General de Córdoba, n.^o 52, *Actualidad Jurídica Online*.

Ahora bien, sin abandonar nuestros postulados sobre la unidad del daño *up supra* expuesto, para una mejor comprensión del tema se aprovecha didácticamente, la división entre «daño evento» y «daño consecuencia», para describir que tipo de perjuicio debe ser ubicado en cada una de las categorías.

Así, dentro de los «daños eventos», se ubica los perjuicios ocasionados a la integridad psicofísica y social de la persona.

En esta categoría se pueden enumerar una serie de daños que principian por la tutela del derecho a la integridad física. En la protección de la integridad de la sique, se pueden ocasionar menoscabos neuronales, síquicos o psicológicos. Y, en la integridad social de una persona, entre los principales derechos o intereses legítimos protegidos, se encuentra su dignidad, su libertad, el honor, el respeto de su intimidad, su estética, etcétera.

También encontramos en la categorización de «daño evento» a los menoscabos que pueden sufrir los bienes y cosas que conforman el patrimonio de las personas, quienes, de conformidad con el artículo 15 Cód. Civ. y Com., son titulares de los derechos individuales que integran el mismo.

Como se puede inferir como primera conclusión, la aparente proliferación de nuevos tipos de daños se produce en los menoscabos que se pueden ocasionar a la integridad psicofísica y social de las personas, porque es en ese ámbito donde la ciencia avanzó en el conocimiento del ser humano y permite identificar con mayor exactitud cuál es el menoscabo que se le produce a cada persona.

En otras palabras, son los mismos daños que se producían antes, pero hoy se pueden definir con exactitud en cuanto al alcance conceptual de cada uno de los menoscabos producidos a la integridad de la persona.

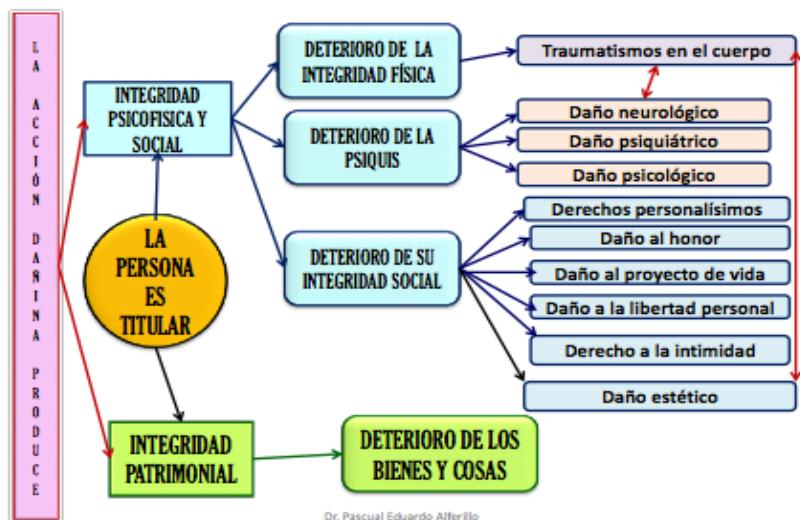
Era por esa falta de conocimiento científico que antes se incluían incorrectamente todos los menoscabos que no fueran al contenido del patrimonio, dentro del «daño extrapatrimonial», cuando en verdad se debía discernir que los perjuicios se producen en la integridad biológica-psíquica-social de la persona o en su patrimonio. Y, que de ello pueden derivarse consecuencias económicas o morales.

Ahora bien, sintetizando, dentro de las consecuencias encontramos a las económicas que pueden configurarse como daño emergente, lucro cesante o la pérdida de chance.

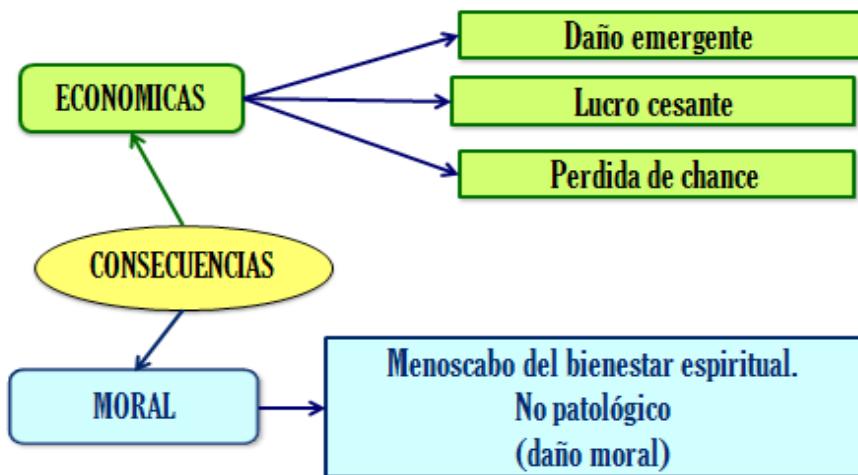
La otra consecuencia «no económica» es el menoscabo del bienestar espiritual de la persona, denominado tradicionalmente, «daño moral».

El mayor conocimiento interdisciplinario favorece la clasificación y calificación de los daños de modo que permite valorar con mayor acierto el contenido y la dimensión de cada tipo, favoreciendo, a partir de ello, el ajuste del lenguaje que los describe, para concretar en las sentencias el principio de reparación plena y desechar con argumentos sólidos los abusos, al momento de cuantificar los mismos.

ANEXO I



ANEXO II



Dr. Pascual Eduardo Alferillo

La seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria en el Perú

*Henry Huanco Piscoche**

Sumario: I. Planteamiento del problema. – II. Intentos de solución. – III. La Ley N° 30313. – IV. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La propiedad es considerada por la Constitución Política del Perú como un derecho fundamental. Además, el inmueble destinado a vivienda, por lo general, es el activo más importante que tiene una persona a lo largo de toda su vida. Esta importancia jurídica y económica de la propiedad inmobiliaria, se está viendo vulnerada en nuestro país por los denominados fraudes inmobiliarios. En efecto, desde hace ya varios años, cada vez es más común ver en la prensa (escrita, radial y televisiva) noticias de personas que han sido despojadas de sus propiedades por una transferencia basada en documentos falsos o en transacciones en las que no han intervenido. Y lo peor es que, en la mayoría de los casos, cuando pretenden recuperar su propiedad, no lo pueden hacer, debido a un instituto jurídico denominado Fe Pública Registral.

Desde el punto de vista de un ciudadano común, esto es sorprendente, pues no es concebible que la propia ley impida recuperar la propiedad a un legítimo propietario por una transferencia hecha en base a un fraude inmobiliario.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Máster en Asesoría y Consultoría Inmobiliaria por la Universidad de Barcelona. Ha realizado una estancia de investigación en derecho privado en Esade Law School - Ramón Llull University. Es fundador y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario (APDI). Ha sido asociado internacional en los departamentos de Real Estate y Arbitraje en Baker & McKenzie de Barcelona, España; y, actualmente, es socio fundador del Estudio Huanco Abogados. Es árbitro *ad-hoc* e inscrito en el Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, del Registro Nacional de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Junta Arbitral de Consumo del Indecopi. Profesor de derecho civil y arbitraje en las facultades de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad de Piura.

Estos fraudes se manifiestan, principalmente, de las siguientes formas:

- (i) Suplantación de contratantes o declarantes en los instrumentos públicos notariales. En este caso, se presenta ante el notario una persona distinta a la que dice ser (con DNI falso), y el notario, no percatándose de ello, eleva la minuta a escritura pública. Una vez que pasa este primer filtro, el registrador tampoco se percata de esta situación, pues éste no verifica la identidad de los comparecientes (que se supone fue bien hecha por el notario), sino sólo la validez y legalidad del acto materia de inscripción.
- (ii) Falsificación de partes notariales, judiciales o documentos provenientes de sede arbitral o administrativa y, en especial, los que provienen de ciudades distintas a donde se pretende lograr la inscripción. En este caso, no existe forma de que el registrador público pueda corroborar la autenticidad de tales documentos por la natural imposibilidad de contar con herramientas suficientes y plenamente fiables que permitan tener un compendio actualizado de firmas y sellos de los funcionarios o servidores públicos con alcance nacional.
Además, en este caso, los títulos falsificados no pasan por el filtro del notario, sino ingresan directamente a los registros públicos.
- (iii) Uso de un falso poder de representación en una compraventa, es decir, quien celebra la compraventa es la persona quien dice ser y, lo hace en una escritura pública verdadera; sin embargo, esta persona no actúa en nombre propio, sino en supuesta representación del real propietario, al amparo de un poder que no le otorgaron. A diferencia del supuesto anterior, la falsificación no es de la escritura pública de compraventa, sino del poder de representación.

En este caso, el notario, no percatándose de tal situación, eleva la minuta a escritura pública y la envía a los registros públicos, que inscribe dicha transferencia.

En todos los casos descritos, una vez que el título logra inscribirse en los Registros Públicos, inmediatamente se transfiere a un tercero con la finalidad de que éste pueda ampararse en la fe pública registral.

Para hacer frente a estos fraudes inmobiliarios, el Estado ha venido instaurando diversos mecanismos legales; sin embargo, los grupos delincuenciales que realizan estos actos fraudulentos han sabido esquivar tales mecanismos e, inclusive, otras medidas de seguridad que utilizan las notarías como la identificación de huellas digitales (biométrica). Como un intento adicional, el 26 de marzo de 2015, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, la Ley n.º 30313 (en adelante, la «ley»). Cabe señalar que, según la propia ley, en un plazo no mayor de noventa días calendarios, se debió haber aprobado su reglamento; sin embargo, hasta la fecha aún está pendiente.

En el presente artículo, analizaremos los distintos mecanismos legales previstos para hacer frente a los fraudes inmobiliarios y las principales disposiciones

de la ley.

II. INTENTOS DE SOLUCIÓN

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), para cumplir con su misión de otorgar seguridad jurídica y brindar certidumbre respecto de la titularidad de los diferentes derechos que en él se publicitan, ha ido progresivamente implementando diversos mecanismos para hacer frente a este grave problema. Estos mecanismos son los siguientes:

2.1. La anotación preventiva por presunta falsedad documentaria o suplantación de identidad

La quinta y sexta disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo n.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, de fecha 25 de junio de 2008, desarrollada posteriormente por la Directiva n.º 315-2013-SUNARP/SN, del 25 de noviembre de 2013, prevé la extensión de anotaciones preventivas por presunta falsificación de partes o escrituras públicas o por presunta suplantación de identidad de los otorgantes en dichos documentos.

Tales disposiciones señalan que, en el caso de inscripciones sustentadas en partes o escrituras públicas presumiblemente falsificadas, el notario ante quien supuestamente se habría otorgado dicho instrumento, en un plazo no mayor de tres días hábiles de conocer este hecho, deberá comunicar esta circunstancia al Registro Público, bajo su responsabilidad, y solicitar una anotación preventiva, que tendrá una vigencia de 1 año, contado a partir de la fecha del asiento de presentación.

Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales, corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado. Vencido el referido plazo de 1 año, si no se hubiera anotado la demanda o medida cautelar, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.

Asimismo, en el caso de inscripciones sustentadas en escrituras públicas en las que presumiblemente se habría suplantado a los otorgantes, la norma indica que el notario ante quien se otorgó dicho instrumento, podrá solicitar al Registro Público, bajo su responsabilidad, una anotación preventiva, que tendrá una vigencia de 1 año, contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales, corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado. Vencido el referido plazo de 1 año, sin que se hayan anotado la demanda o medida cautelar, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.

Como se puede apreciar, las medidas descritas no impiden la inscripción del título basado en un documento falso o en una suplantación de identidad, sino

sólo permite la anotación preventiva que será útil, siempre que se obtenga una sentencia favorable en sede judicial.

2.2. La alerta registral

Este mecanismo está regulado en la Directiva n.º 06-2013-SUNARP-SN, aprobada por la Resolución n.º 170-2013-SUNARP/SN, del 18 de julio de 2013. Es un servicio gratuito que permite informar al titular registral de un derecho, mediante correo electrónico, respecto del título o títulos que se han presentado para su inscripción en la partida registral en la que tiene inscrito su derecho; sin embargo, no le permite intervenir en dicho procedimiento de solicitud de inscripción registral.

Cabe señalar que la mayoría de personas que tienen algún derecho inscrito en los Registros Públicos, no utilizan este servicio (ya sea por desconocimiento o desinterés). Además, en este caso, es el propio titular del derecho quien debe estar atento a las alertas comunicadas por Registros Públicos, de lo contrario, podrá ser perjudicado con un fraude inmobiliario.

2.3. El bloqueo por presunta falsificación de documentos

Este mecanismo está regulado en la Directiva n.º 001-2012-SUNARP-SN, aprobada por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 019-2012-SUNARP-SN, del 27 de febrero de 2012. Mediante este mecanismo se anota el bloqueo en la partida registral para publicitar la detección, en sede registral, de la existencia de un asiento extendido en mérito de un título que contiene presuntamente documentos falsificados. Con ello, se garantiza la prioridad de la eventual medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional y se asegura el cumplimiento de la decisión definitiva a emitirse en el Poder Judicial, mediante la cual se declara la nulidad de los asientos o, eventualmente, de toda la partida registral.

La directiva se aplica sólo en el caso de la detección de asientos registrales extendidos en mérito de instrumentos públicos notariales protocolares, resoluciones administrativas, documentos consulares, resoluciones judiciales o laudos arbitrales.

La denuncia por presunta falsificación de documentos puede ser presentada por el administrado, cualquier funcionario o servidor de la Sunarp o de cualquier entidad pública que tome conocimiento de la irregularidad. Esta denuncia se dirige a la jefatura de la zona registral respectiva, conteniendo la indicación de los hechos, la información que permita su constatación, el aporte de la evidencia o su descripción para que la entidad proceda a su ubicación.

Según indica la propia directiva, la denuncia por presunta falsificación de documentos es el escrito formulado por el administrado y dirigido a la jefatura de la zona registral respectiva, comunicando exclusivamente la existencia de un asiento registral extendido en mérito de un título que contiene presuntamente un documento falsificado. La anotación del bloqueo es una medida temporal, pues tiene una duración de 120 días hábiles, contados desde el día siguiente hábil a la extensión de su anotación en la partida registral.

Como se puede apreciar, este mecanismo también se aplica para títulos ya inscritos, es decir, es un mecanismo que no previene la inscripción fraudulenta.

2.4. La inmovilización temporal de partidas de predios

Este mecanismo está regulado en la Directiva n.º 08-2013-SUNARP/SN, aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 314-2013-SUNARP-SN, del 25 de noviembre de 2013. Se trata de un mecanismo que, mediante escritura pública unilateral del titular inscrito, permite inmovilizar temporal y voluntariamente la partida de un inmueble inscrito en los Registros Públicos, para que no pueda inscribirse durante el plazo máximo de 10 años algún acto de disposición, carga o gravamen sin su consentimiento (salvo mandatos judiciales, actos administrativos, decisiones arbitrales, entre otros indicados en la directiva). Así, en caso el titular registral pretenda inscribir algún título, deberá realizar un procedimiento también por escritura pública unilateral de levantamiento de la inmovilización.

Sin embargo, la deficiencia de este mecanismo es que la propia solicitud de inmovilización y su levantamiento también puede ser realizado mediante falsificación de documentos o suplantación de identidad. Además, los costos que involucran ambos actos deben ser asumidos por el titular registral.

III. LA LEY N.º 30313

El 26 de marzo de 2015, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, la Ley n.º 30313. Esta norma fue promovida por diversos proyectos de ley, que analizaremos a continuación para verificar qué aspectos de cada proyecto fueron incluidos en la ley y, posteriormente, analizaremos el contenido de la ley.

3.1. Los antecedentes

- (i) El Proyecto de Ley n.º 2996/2013-PE, presentado por el Poder Ejecutivo, que acogió la propuesta de la SUNARP, planteó las siguientes medidas legislativas:
- Incorporar supuestos especiales de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite, por suplantación o falsificación.
 - Incorporar supuestos especiales de cancelación del asiento registral mediante un procedimiento seguido ante la Sunarp, por suplantación o falsificación.
 - Autorizar a la Sunarp que reglamentariamente disponga el título formal que deben contener las decisiones arbitrales sobre actos o derechos inscribibles, dado que en la actualidad no existen mecanismos oficiales para la acreditación de los árbitros o de las instituciones arbitrales.
 - Precisar las obligaciones del notario ante los casos de instrumentos presuntamente falsificados o los casos de suplantación de la identidad del otorgante; en consecuencia: a) Los notarios tendrán la obligación de presentar, en el diario de la oficina registral respectiva, la solicitud de anota-

ción preventiva por presunta falsificación del instrumento notarial (protocolar o extraproTOCOLAR) o por suplantación de identidad del otorgante; b) los administrados podrán solicitar la cancelación de la inscripción o anotación, siempre que presenten la declaración de las autoridades jurisdiccionales o administrativas, indicando que el documento que fundamenta la inscripción no ha sido extendido o emitido por ellos.

- Modificar de manera tácita la disposición de rango inferior contenida en el artículo 1 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución n.º 126-2012-SUNARP-SN, en la medida que se permitirá el apersonamiento de terceros al procedimiento iniciado únicamente para oponerse a la inscripción del título en trámite, respecto al caso de suplantación de personas o a la falsificación de la documentación presentada al Registro.
- (ii) El Proyecto de Ley n.º 3029/2013-CR, presentado por el congresista José Luna (Solidaridad Nacional), planteó las siguientes medidas legislativas:
- La Fe Pública Registral no debería proteger a terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de títulos, pues el artículo 70 de la Constitución, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación.
 - El artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consuman derechos, de lo que debe advertirse que la Fe Pública Registral no ampara los hechos ilícitos, como los derivados del delito, en donde no deberá considerarse la existencia de buena fe del tercero, si es que el inmueble se ha transferido en sucesivas oportunidades en un periodo relativamente corto de tiempo.
- (iii) El Proyecto de Ley n.º 3350/2013-CR, presentado por el congresista Luis Iberico (PPC-APP), sostuvo que el artículo 2014 del Código Civil es insuficiente para garantizar la seguridad en los actos registrales, siendo preciso y hasta urgente incorporar dispositivos para contrarrestar los mecanismos que dispone la delincuencia para burlar la ley. Asimismo, se indicó que debería disponerse en los actos previos, es decir, durante el momento en que un tercero adquiere una propiedad de quien cree está facultado para transferirlo, que la entidad registral a través del registrador debe realizar una verificación de esta capacidad de transferir mediante una notificación tanto en la dirección del bien materia de disposición, como de manera física en una segunda dirección otorgada por el titular, la que puede ser incluso electrónica, esto con el fin que se pueda formular las oposiciones que hubieren dentro de un plazo razonable, en caso de suplantación, estafa, falsificación de documentos y otros casos.
- (iv) Finalmente, el Proyecto de Ley n.º 3365/2013-CR, presentado por la con-

gresista Carmen Omonte (Perú Posible), propuso modificar el artículo 2014 del Código Civil, en el sentido que la buena fe del tercero se presume siempre y cuando el propietario originario o el precedente transferente sean notificados previamente al acto traslativo de dominio por éste o por el tercero mediante carta notarial de fecha cierta.

Finalmente, como apreciaremos del análisis de la ley, ésta acogió la mayoría de las propuestas del primer proyecto de ley.

3.2. Análisis de la ley

3.2.1. Creación de dos procedimientos registrales

La Ley instaura dos nuevos procedimientos registrales: (i) la oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite (mecanismo preventivo) y (ii) la solicitud de cancelación del asiento registral ya inscrito (mecanismo correctivo); en ambos casos, por las causales de suplantación de identidad o falsificación de documentos.

(i) Oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite

Es importante precisar que antes de la expedición de la Ley, no existía la posibilidad de interrumpir un trámite de inscripción registral, al ser éste un procedimiento no contencioso. En efecto, en la etapa de calificación registral, y dado que el análisis del registrador es netamente documental, no cabía admitir oposición de terceros en el procedimiento registral, pues en él, no se realizan ni tienen que realizarse actuaciones probatorias. Sin embargo, con la promulgación de la Ley se otorga esta posibilidad, pero bajo reglas muy estrictas, como veremos a continuación.

a) Sujetos legitimados

En el caso de la oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite, la ley no permite que la persona perjudicada con la suplantación o falsificación, como sería el propietario real del inmueble, intervenga en este procedimiento, sino considera como «sujetos legitimados» sólo al notario, cónsul (cuando realice función notarial), juez, funcionario público o árbitro, presentando los siguientes documentos:

- Declaración notarial o del cónsul (cuando realice función notarial), indicando que se ha suplantado al compareciente, a su otorgante o a sus representantes en un instrumento público protocolar o extraproTOCOLAR (que dé mérito a la inscripción registral).
- Declaración notarial o del cónsul (cuando realice función notarial), indicando que el instrumento público protocolar o extraproTOCOLAR (que dé mérito a la inscripción registral), que aparentemente proviene de su respectivo despacho, no ha sido emitido por él.
- Oficio del juez indicando que el parte judicial materia de calificación,

que aparentemente proviene de su respectivo despacho, no ha sido emitido por él.

- Declaración del funcionario público competente, mediante oficio de la entidad administrativa, indicando que el documento presentado para su inscripción no ha sido emitido por la entidad que representa.
- Declaración del árbitro o presidente del tribunal arbitral, indicando que el laudo arbitral materia de calificación, no ha sido expedido por él o por el tribunal arbitral.

La norma es muy clara en el sentido de no permitir una oposición hecha: (i) por un sujeto distinto a los indicados expresamente en el numeral 3.1 de la ley, o (ii) en base a documentos distintos a los indicados expresamente en dicho numeral, pues en ambos casos será rechazada la solicitud, en decisión irrecusable en sede administrativa. Sin embargo, nada obsta para cuestionar tal decisión en sede judicial.

La imposibilidad de permitir la intervención directa de las personas presuntamente perjudicadas en el procedimiento registral es, en nuestra opinión, correcta, pues de permitirse ello, esta facultad podría ser ejercida, por algunas personas, únicamente para dilatar la calificación registral, como ya en una ocasión he podido apreciar en mi experiencia profesional.

Adviértase que, a diferencia del supuesto de falsificación de documentos que se ha previsto para todos los procedimientos antes indicados, el supuesto de suplantación de identidad sólo se prevé para el caso del instrumento público expedido por los notarios o cónsules (cuando realicen función notarial). Entonces, si la suplantación se presenta en algún proceso judicial, procedimiento administrativo o actuación arbitral, el perjudicado con la suplantación no podría oponerse al procedimiento de inscripción registral motivado por el parte judicial, documento administrativo o por el laudo arbitral, respectivamente.

Entendemos que, una vez que los sujetos legitimados reciban las respectivas denuncias, estos se encuentran obligados a formular la oposición ante Registros Públicos, por lo que no tendrían la facultad de exigir el pago de algún monto por realizar dicha oposición. Sin embargo, la norma no regula expresamente la responsabilidad de los sujetos legitimados, en caso no se opongan o lo hagan de manera tardía, es decir, luego de la inscripción, en cuyo caso, ya no se podría hacer uso de este procedimiento.

b) Plazo de oposición y plazo de resolución

Según la ley, los documentos antes referidos deberán ser presentados por los sujetos legitimados dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación. Sin embargo, ¿qué sucedería si el título basado en una suplantación o en un documento falsificado, se inscribe antes del vencimiento de dicho

plazo y, luego de ello (dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación), se presenta la solicitud de oposición? Dado que este mecanismo, por su naturaleza, se debe presentar antes de que el título se inscriba, entonces lo correcto hubiera sido indicar ello, es decir, que se puede presentar la oposición antes de que se inscriba el título basado en una suplantación o en un documento falsificado (y no dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación).

Asimismo, la ley dispone que la persona que presenta la denuncia debe poner en conocimiento de la misma al registrador o al tribunal registral para que oficie al sujeto legitimado según corresponda, y declare la tacha por falsedad documentaria prevista en el artículo 36 del Reglamento General de los Registros Públicos (en el caso de falsificación de documentos) o verifique la existencia de la denuncia (en el caso de suplantación de identidad). En este supuesto, tampoco se establece la responsabilidad del registrador o del tribunal registral, si no cumple con enviar dicho oficio o si lo hace de manera tardía.

De otro lado, dado que no se establece una formalidad específica tanto para denunciar la suplantación o la falsificación, como para poner en conocimiento de la misma al registrador o al tribunal registral, la denuncia se podría realizar de cualquier forma, aunque lo recomendable es hacerlo por escrito.

Asimismo, como quiera que se trata de un procedimiento registral en trámite, cuyo título que lo originó viene siendo calificado por el registrador, será éste o el Tribunal Registral, quien resuelva la denuncia. La norma tampoco establece un plazo para resolver la solicitud de oposición.

Finalmente, este mecanismo debe complementarse con la Alerta Registral, para que la persona que pueda ser perjudicada con la suplantación o la falsificación, se entere en el momento en que se pretenda realizar alguna inscripción sobre el predio, e inmediatamente, formule la denuncia respectiva.

(ii) Cancelación de asientos registrales

Antes de la vigencia de la ley, si se lograba inscribir la transacción por más fraudulenta que haya sido, ésta adquiría consolidación, es decir, era válida frente a otras personas e, incluso, frente al propietario real. Asimismo, la cancelación, en principio, sólo procedía a través de un largo, costoso e impredecible proceso judicial.

El procedimiento de cancelación, a diferencia de la oposición, se presenta cuando el título ya está inscrito. Los sujetos legitimados para presentar las solicitudes y los documentos idóneos para dicho efecto, son los mismos que para la oposición, es decir, los indicados expresamente en el numeral

3.1 de la ley.¹ Las causales son también similares: suplantación de identidad o falsificación de documentos.

A diferencia de la oposición en que simplemente no se inscribe un título, en este caso se cancela uno ya inscrito. Por ello, se atribuye la responsabilidad de dicha cancelación al sujeto legitimado que haya solicitado la cancelación, pues bastará que éste presente cualquiera de los documentos indicados en el numeral 3.1 de la ley, según corresponda, para que se proceda a cancelar el asiento registral.

El jefe zonal de la Oficina Registral de la Sunarp es el competente para recibir las solicitudes de cancelación de asientos registrales por suplantación de identidad o falsificación de documentos y disponer, de ser el caso, la cancelación del asiento. Su decisión de cancelar es irrecusable en sede administrativa, es decir, podría ser cuestionado sólo en sede judicial. Además, dado que la norma no prohíbe la posibilidad de cuestionar en sede administrativa la decisión de no cancelar el asiento registral, se entendería que sí es posible realizar tal cuestionamiento en dicha sede.

El plazo para resolver la solicitud de cancelación del asiento registral, se establecerá en el reglamento. Sin embargo, la ley no se pronuncia sobre el plazo para presentar la solicitud de cancelación, ¿acaso se podría cancelar un asiento por más antiguo que éste sea? Dado que no se restringe tal posibilidad, la respuesta sería afirmativa.

Asimismo, según el artículo 5 de la ley, la información contenida en las inscripciones y anotaciones preventivas que han sido canceladas, no perjudica al tercero en los términos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil. Tampoco perjudican a las inscripciones, anotaciones o los títulos pendientes, cuya prioridad registral sea anterior al asiento de cancelación. Es decir, por más que el propietario perjudicado logre cancelar el asiento originado por la suplantación o falsificación, puede que no mantenga su propiedad si, con fecha anterior a la cancelación, existe una transferencia a favor de un tercero amparado en la fe pública registral.

Finalmente, es necesario precisar que tanto la oposición como la solicitud de cancelación, sólo se refieren a los supuestos de suplantación de identidad y falsificación de documentos; sin embargo, la ley no ha previsto expresamente una solución para el caso de la falsificación de poderes, que es otra manifestación del fraude inmobiliario, conforme lo detallamos en el acápite (iii) del numeral 1 del presente artículo.

¹ No obstante que en el numeral 4.1 de la ley sólo se señala «[...] presunta suplantación de identidad o falsificación de documentos notariales, jurisdiccionales o administrativos [...]», sin hacer mención expresa a los documentos arbitrales, que consideramos que, por interpretación sistemática, también están incluidos.

3.2.2. *La fe pública registral se extiende al título archivado*

La fe pública registral es el principio registral que protege al tercero de buena fe, quien adquiere a título oneroso, algún derecho de una persona que en el registro aparece con facultades para otorgar tal derecho, por más que después de la inscripción de su derecho, se anule, rescinda, cancele o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no consten en los registros públicos.

Antes de la ley, la interpretación que se hacía de esta última frase: «causas que no consten en los registros públicos», fue objeto de controversia, en el sentido de si se refería sólo a los asientos registrales o incluía también a los títulos archivados. La ley despeja tal duda indicando expresamente que, para beneficiarse de la fe pública registral, el tercero debe revisar los asientos registrales y los títulos archivados.

Esta situación no sólo recortará la fluidez del tráfico inmobiliario, sino también elevará los costos de transacción, pues se deberá solicitar las copias de los títulos archivados a los Registros Públicos y, en los casos en los que el inmueble se encuentre en otra ciudad, se tendrá que solicitar en la oficina registral respectiva. Además, cada título tiene una naturaleza jurídica distinta, por lo que se deberá convocar a los especialistas de cada materia para efectuar el respectivo estudio de títulos.

¿Cuál ha sido el propósito del legislador al exigir que el conocimiento se extienda al título archivado? Seguramente habría pensado que, con la revisión del título archivado, el tercero adquirente se podría percatar de la suplantación de identidad o de la falsificación de documentos; sin embargo, ello no es del todo cierto, pues si ni siquiera los registradores, al momento de realizar la calificación registral, se percatan de ello, es posible que el tercero adquirente tampoco pueda advertir tales irregularidades.

3.2.3. *Restricción de la competencia notarial*

En la mayoría de los casos, el *modus operandi* de los grupos delincuenciales que realizan los fraudes inmobiliarios es realizar las transacciones (con suplantación de identidad o en base a documentos falsificados) en notarías que se ubiquen en lugares muy alejados, con la finalidad de evitar —lo que en la práctica viene sucediendo— que el registrador se comunique con el notario para confirmar la veracidad del documento.

Por ello, la ley ha dispuesto que los actos de disposición o gravamen *inter vivos* de bienes inmuebles, sólo podrán ser realizadas ante el notario de la provincia en donde se ubican los mismos. En consecuencia, los actos notariales serán nulos si los bienes a los que se refieren están fuera de la localidad del notario que los realizó. Adviértase que la norma utiliza el término general «actuaciones notariales».

Antes de la expedición de la ley, era válido celebrar transacciones en cualquier notaría de Lima, sobre inmuebles ubicados en cualquier parte del Perú, considerando que la mayoría de empresas tiene su sede en Lima. Con la ley, ello ya no será posible.

Esta disposición también generará mayores costos de transacción, pues las

partes deberán trasladarse o deberán otorgar un poder para que otra persona se traslade en representación de ellas, a la oficina de la notaría competente.

Al respecto, mediante comunicado conjunto publicado el 27 de marzo, el Colegio de Notarios de Lima y la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, se han manifestado en contra de esta disposición, pues –según dicen– «perjudica directamente a los ancianos, a las personas discapacitadas, a los ciudadanos con carencia de recursos económicos, especialmente a los más pobres, y a aquellos que cuentan con escaso tiempo para realizar gestiones, entre las que se hallan las de tipo notarial». Es cierto también que esta disposición afectará económicamente a las notarías de la capital, pues, seguramente, reducirá las transacciones tramitadas en sus despachos.

3.2.4. Dejando de lado al tercero amparado en la fe pública registral

Finalmente, la ley modifica la quinta disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo del Notariado. Así, se mantiene la facultad de los notarios de que, en caso identifiquen inscripciones sustentadas en instrumentos notariales protocolares o extra protocolares presumiblemente falsificados, que supuestamente se le atribuye, éstos pueden presentar la solicitud de anotación preventiva en el diario de la oficina registral dentro de los cinco días hábiles, contados desde que tuvo conocimiento, bajo su responsabilidad.

Dicha anotación preventiva tendrá la vigencia de un año, contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Y se podrá correlacionar con la anotación de la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, surtiendo sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación preventiva.

Sin embargo, la novedad está en que esta anotación preventiva notarial se puede realizar aún si consta inscrito un tercero que ya haya adquirido la propiedad del inmueble. Con ello, claramente se perjudica al tercero, pues en la partida de su inmueble constará dicha anotación y, si lo quiere transferir, difícilmente alguien comprará su inmueble cuando en su partida conste tal anotación. Adviértase que con ello se deja de tutelar inclusive al tercero que adquirió bajo la fe pública registral. sin embargo, debemos precisar que dicho tercero no será privado de su propiedad, si su adquisición se basó en la fe pública registral.

3.2.5. La calificación de laudos arbitrales

El artículo 6 de la ley señaló que la Sunarp iba a imponer una formalidad específica para las decisiones arbitrales que pretendiesen ser anotadas o inscritas en los Registros Públicos, conforme al principio de titulación auténtica.

Así, mediante Resolución del Superintendente de los Registros Públicos n.º 196-2015-SUNARP/SN, publicada el 15 de agosto de 2015, se modificó el artículo 10-A del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, y se dispuso que para que una decisión arbitral sea anotada o inscrita en los Registros Públicos, será necesario que tal decisión sea previamente protocolizada ante un notario, es decir, que se presente ante el notario y éste lo inserte en su archivo notarial para, posteriormente, enviarlo a la institución registral para su inscripción.

Asimismo, el parte notarial que se enviará a los Registros estará conformado por el acta, el laudo, el convenio arbitral y la constancia de su notificación del laudo a las partes.

Recuérdese que anteriormente el mismo árbitro estaba facultado para enviar directamente tal decisión a los Registros Públicos, siendo suficiente con el envío de: (i) la copia certificada (no notarial) del laudo arbitral, con la constancia de haber sido notificada a las partes; (ii) copia certificada (notarial) del convenio arbitral; y, (iii) copias certificadas (notariales) de los documentos de identidad de los árbitros y de quien certifica la copia del laudo.

Asimismo, dicha resolución indicó que, para el caso de la medida cautelar dictada dentro del proceso arbitral, se deberá presentar el oficio que disponga su inscripción dirigido al registrador de la oficina registral competente, acompañando la decisión arbitral que contiene dicha medida, así como la reproducción certificada notarial del convenio arbitral y del documento de identidad de quienes suscribieron dicha decisión.

Finalmente, la resolución incluyó el artículo 32-A al TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, indicando que, tratándose del convenio arbitral, la calificación se circunscribirá únicamente a la verificación del sometimiento de las partes a la vía arbitral.

De otro lado, el 26 de setiembre de 2015, se publicó el Decreto Legislativo n.º 1231, que modificó e incorporó diversas normas al Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje. Entre las disposiciones más resaltantes constan las que indican lo siguiente: (i) Cuando la demanda o la reconvención verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el tribunal arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo; la anotación se solicitará dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o la reconvención; y (ii) Para que se inscriba en los Registros Públicos el laudo que comprenda a una parte no signataria, de acuerdo a lo regulado por el artículo 14 de este decreto legislativo, la decisión arbitral deberá encontrarse motivada de manera expresa.

La última de estas disposiciones es polémica, pues esta facultad puede ser mal ejercida por algún registrador; más aún porque según se indicó en el XCIX Pleno Registral: «Las instancias registrales no pueden calificar la validez ni la eficacia objetiva o subjetiva del laudo o de los actos procedimentales realizados por los árbitros [...] el Registro no puede cuestionar las decisiones motivadas del árbitro o tribunal arbitral de incorporar a un tercero al procedimiento arbitral, o de extender los efectos del laudo a dicho tercero. El árbitro o tribunal arbitral asume exclusiva y excluyente responsabilidad por dichas decisiones» (Res. n.º 110-2012-SUNARP-TR-T del 16 de marzo de 2012).

IV. CONCLUSIONES

Todo intento de eliminar las trabas al desarrollo de un sector tan importante de la economía, como es el inmobiliario, es una buena noticia. Sin embargo, en nuestra opinión, el problema del fraude inmobiliario se debe afrontar desde su origen. Las personas que realizan las suplantaciones de identidades y falsifi-

caciones de documentos son grupos organizados reincidentes. Y si ello sucede es porque no contamos con un sistema penal (policial y judicial) eficaz. Si las normas penales se harían respetar por las autoridades competentes, se reduciría o, incluso, se eliminarían estos tipos de delitos.

En resumen, por la ineeficacia de nuestro sistema penal se ha tenido que aprobar la Ley para hacer frente a los fraudes inmobiliarios hechos por los grupos delincuenciales; sin embargo, algunas disposiciones de la ley, como la extensión de la fe pública registral al título archivado, la competencia provincial de las notarías y la anotación preventiva aun contra el tercero de buena fe registral, impedirán la fluidez y elevarán los costos de las transacciones inmobiliarias en general, es decir, «justos pagaremos por pecadores».

Aspectos generales del contrato de suministro en el Código Civil peruano

*Roger Vidal Ramos** **

Sumario: I. Definiciones y características. – II. Partes y obligaciones. – III. Prestaciones periódicas y continuas. – IV. Plazo y exclusividad. – V. Resolución del contrato e indemnización. – VI. Conclusiones.

I. DEFINICIONES Y CARACTERÍSTICAS

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar un análisis general de las principales características del contrato de suministro, conforme a las reglas y principios de las prestaciones continuas y periódicas establecidas en el Código Civil peruano. Este análisis no se extenderá al suministro de servicios públicos y se limitará al ámbito privado.

La evolución de este contrato ha ido siempre de la mano con el crecimiento de la producción y el tráfico industrial, por cuanto con éste surgieron mayores necesidades que satisfacer. Dicha evolución determina que no podamos referirnos en los mismos términos a la pretendida idea del suministro en la Grecia antigua, en Roma o durante el medioevo (al igual que no podemos referimos a ninguna

* Magíster en derecho civil-comercial y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, segunda especialización en derecho ambiental y recursos naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con postgrado en el Programa de Formación de Árbitros de la Universidad ESAN y Organismo Superior de las Contrataciones Estatales - OSCE. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Universidad Privada del Norte y Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, fundador de Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

** El autor agradece al alumno Airtron Franco Calderón Palacios, civilista destacado del sexto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco y a Víctor Antonio Montalvo Maldonado, estudiante del segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por el apoyo en la recopilación del material bibliográfico en el presente trabajo.

institución jurídica de aquella época como aplicable, en los mismos términos, en la actualidad). El suministro moderno, así, dista mucho de sus referentes históricos (sean estos reales, pretendidos o presuntos).¹

Alejandro Borda define al suministro «como el contrato por el cual una parte —suministrante o proveedor— se obliga mediante un precio a entregar a otra —suministrado— cosas muebles, mercaderías, en épocas y cantidades fijadas en el contrato o determinadas por el suministrado de acuerdo con sus necesidades».²

«El Código Civil y Comercial define al contrato de suministro de derecho privado como el contrato en el que el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios, sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada y el suministrado a pagar un precio por cada entre o grupo de ellas»,³ artículo 1176 Código Civil y Comercial argentino.

De Marino, define al contrato de suministro como el contrato «por el que una parte se obliga a ejecutar o cumplir prestaciones duraderas por un precio determinado o determinable».⁴

Por su parte, Joaquín Garrigues, indica que éste es el «contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinados por el acreedor de acuerdo con sus necesidades».⁵

Aníbal Torres Vásquez, define al suministro como «un contrato en principio consensual, con prestaciones recíprocas, oneroso, principal, nominado, generalmente conmutativo y esencialmente es un contrato de duración que se ejecuta periódicamente o continuamente».⁶

La periodicidad o continuidad de las prestaciones es un elemento esencial de este contrato, lo que permite calificarlo como un vínculo de duración, puesto que las finalidades perseguidas por las partes no se obtienen sino con el transcurso del tiempo. Estos vínculos de colaboración prolongada poseen la característica de que el proveedor asume una obligación de aprovisionamiento: no se trata sólo de dar una cosa o varias, o de darlas a lo largo del tiempo, o de prometer cosas futuras; sino que, además, incluyen la de estar a disposición del suministrado, atendiendo puntualmente sus pedidos relacionados con el objeto de entrega.

1 PAZOS HAYASHIDA, Javier. «Definición de suministro. Comentario al artículo 1604 del Código Civil». En *Código Civil comentado. Contratos nominados* (primera parte). Lima: Gaceta Jurídica, 2006, 1.^a edición, tomo VIII, pp. 431-432.

2 BORDA, Alejandro y otros. *Derecho civil y comercial: contratos*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2018, 2.^a edición, p. 393.

3 BORDA, Alejandro. *Ob. cit.*, p. 393.

4 DE MARINO Y BORREGO, Rubén. *El suministro: Teoría general del derecho*. Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959, p.32.

5 GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1984, 7.^a edición, p. 95.

6 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *El contrato de suministro en el derecho civil y el derecho administrativo*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988, p. 11.

Según el profesor Peña Nossa, el objeto del contrato de suministro se encuentra representando por las prestaciones periódicas y continuas de bienes o servicios.

Entendiéndose por las primeras todo material o inmaterial, que tenga existencia autónoma y pueda someterse al poder de las personas como medio para obtener beneficio económico.⁷

El contrato de suministro ordinariamente recae sobre bienes de consumo o producción como alimentos, bienes muebles, corporales o genéricos.⁸

Por servicio se entiende la prestación inmaterial de una persona en favor de otra, que es realizada en forma independiente y organizada, es decir, que proviene del esfuerzo humano como el servicio de transporte, la asistencia de un médico a un paciente, etcétera.⁹

La doctrina distingue algunas clases de suministros, según sea que el suministrado reciba las cosas para la reventa posterior, o para el consumo, o para gozar con su uso y goce.¹⁰

El contrato de suministro se encuentra en una zona muy próxima al contrato de compraventa, hasta el punto de que uno y otro se podría comprender dentro de una rúbrica en la que se englobaran los contratos que buscan la enajenación y transmisión de bienes. Hay, sin embargo, significativas diferencias entre compraventa y suministro.

Frente al esquema de la compraventa, el suministro guarda relaciones con las necesidades del adquiriente, se suele exigir que en el contrato se haya fijado un límite máximo y un límite mínimo, de manera que al adquiriente le compete determinar, dentro de tales límites, la cantidad en concreto para cada periodo de tiempo.¹¹

De esta manera, la función del contrato de suministro es la de satisfacer las necesidades permanentes del suministrado, quien espera recibir, de acuerdo a las cantidades y oportunidades pactadas, los bienes que le son indispensables para sus actividades. Cabe señalar que la propiedad de los bienes que son materia del suministro es transferida a favor del suministrado, por lo que, a partir de su entrega, el suministrado asume el riesgo de pérdida y deterioro de dichos bienes.

Asimismo, aunque el Código Civil no lo establezca así, debemos entender que el contrato de suministro está diseñado para la entrega de bienes muebles, pues tratándose de bienes inmuebles, es natural que las transferencias se negocien de manera independiente y en una sola operación. A manera de resumen,

7 PEÑA NOSSA, Lisandro. *Contratos empresariales*. Bogotá: Universidad del Rosario-Ecco Ediciones, 2017, 6.^a edición. p. 337.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, tomo I, p. 470.

11 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas, 2010, tomo IV, p. 175.

podríamos identificar al contrato de suministro como un conjunto de compraventas ejecutadas de manera sucesiva en un determinado período.

De acuerdo con la metodología seguida con el nuevo Código, se define el suministro conceptuándolo como el acuerdo por el cual un sujeto denominado suministrante, se obliga a efectuar en favor de otro, llamado suministrado, prestaciones de bienes que pueden ser de carácter periódico o continuado.

De esta definición, fluye que se trata de un contrato con prestaciones recíprocas y diferidas, que produce la transmisión del dominio en la medida en que el objeto sea consumible y que esta traslación no se da cuando se proporciona una cosa en uso o goce. El contrato generalmente oneroso, puede pactarse a título gratuito sin quedar por ello desnaturalizado.¹²

El contrato de suministro es de trato sucesivo, perfeccionándose en el tiempo, donde si bien es un contrato único, las prestaciones se desenvuelven independientemente, por lo que el pago y la responsabilidad por el incumplimiento se pueden referir a cada entrega, las que son autónomas e independientes, siendo posible preverse las ventajas y los riesgos existentes para cada una de las partes; además, en el suministro es necesario que se dé un factor de indeterminación que puede ser indistintamente, el volumen, la periodicidad o el plazo de duración del contrato.¹³

1.1. Partes y obligaciones

El suministro representa por excelencia un contrato con prestaciones reciprocas; sin embargo, a fin de poder determinar la calidad de acreedor y deudor, el suministrante por ser el sujeto de entregar las cosas o bienes materia de suministro, será considerado como el deudor y, el suministrado o quién se beneficia de la prestación, sería el acreedor y debería ejercer las acciones de determinar la cantidad, calidad, plazos y forma de pago del suministro.

Es importante que el suministrado ejerza con diligencia el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) El pago del precio, b) Recepción, c) Notificar sobre la variación de sus necesidades y d) Ejercer una diligencia ordinaria de observar el cumplimiento idóneo de las prestaciones.

El Código Civil peruano, conforme a lo establecido en el artículo 1604, establece: «Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes». El código peruano mantiene la naturaleza jurídica del suministro sobre prestaciones periódicas o continuas, adoptada en la mayoría de codificaciones y en la doctrina.

Según Peña Nossa, respecto a las partes contratantes, el proveedor representa la persona natural o jurídica que, en forma independiente y normalmente organizado como empresa, se obliga a realizar prestaciones periódicas o continuas de bienes y servicios en favor de otra. El consumidor, beneficiario o sumi-

12 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En REVOREDO MARSANO, Delia (comp.). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Thomson Reuters, 2015, tomo VI, p. 320.

13 Casación n.º 2363-99-Lima.

nistrado, es la persona natural o jurídica que requiere y solicita las prestaciones periódicas y continuas de bienes o servicios.¹⁴

Eventualmente, según el derecho de las obligaciones, se podría establecer la presencia de un tercero que se beneficie del suministro o la figura del derecho de elección sobre los bienes o cosas materia de suministro, a efectos de determinar en forma exacta el objeto del suministro, con lo cual la prestaciones periódicas y continuas serían más complejas y con la participación de un tercero beneficiario o quien ejercite el derecho de elección sobre los bienes o servicios que será el objeto de suministro.

En líneas generales, por el contrato de suministro, el titular de los medios, el suministrante, se obliga a proveer al suministrado los bienes que éste le requiera, en la medida que a este último le resulten necesarios. Para ello, el suministrante, dependiendo de la modalidad pactada en el negocio, deberá cumplir prestaciones periódicas o continuadas durante un término, sea éste, determinado o indeterminado.

Ante todo, el suministro genera una relación obligatoria duradera que debe mantenerse a lo largo de un cierto periodo de tiempo y se integra, por consiguiente, por una pluralidad de prestaciones que presentan también un carácter continuado. Es verdad que la compraventa puede realizarse mediante el compromiso de entrega de fracciones; sin embargo, resulta fundamental establecer si las prestaciones serán divisibles o indivisibles.

Es importante considerar las reglas de las obligaciones divisibles e indivisibles e interpretar el acuerdo según lo pactado por las partes y por disposición de la ley, las prestaciones del suministro implicarán que las entregas periódicas o continuas puedan ser cumplidas en fracciones o en una entrega unitaria.

Para el profesor Osterling, la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales.

La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que, en el ámbito de los derechos reales, sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza y, aun por esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar, es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y, en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación. No ocurre lo mismo con la división real.¹⁵

Son obligaciones divisibles, aquéllas en que cada uno de los acreedores

14 PEÑA NOSSA, Lisandro. *Op. cit.*, p. 338.

15 OSTERLING PARODI, Felipe. *De las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias*, pp. 72-73.

sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Son indivisibles cuando no resultan susceptibles de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que la obligación fue considerada al constituirse.¹⁶

Es primordial considerar la satisfacción de las necesidades del suministro. Concordamos plenamente con Alberto Rebaza, quien afirma que «el suministrante tiene como única causa la satisfacción de las necesidades del suministrado, puesto que analizado desde la posición del suministrante, éste, a través del contrato, asegura la demanda del bien que produce o comercializa. Así, por ejemplo, en el caso de un suministro de combustible, el suministrado asegura una fuente de abastecimiento constante conforme al precio, volumen y la periodicidad pactados. Lo propio ocurre respecto del suministrante, quien de igual manera asegura una demanda del combustible del cual es productor o intermediario, según el precio, volumen y periodicidad pactadas con el suministrado. Bajo estas premisas, podría afirmarse que a través del suministro se eliminan dos riesgos igualmente trascendentales: en el caso del suministrado, el riesgo de desabastecimiento; en el caso del suministrante, el riesgo de falta de demanda de sus productos».¹⁷

1.2. Prestaciones periódicas y continuas

Como se puede apreciar, el suministro regulado en el Código Civil peruano y los principales códigos de nuestro sistema jurídico, se caracterizan por la presencia del «elemento objetivo es la repetición de prestaciones».¹⁸

Ahora bien, en este caso, estamos frente a uno de prestaciones periódicas, por lo que es importante tener en cuenta qué implica ello.

Las prestaciones periódicas hacen referencia a aquellas prestaciones «que se ejecutan a intervalos determinados o no, conservando cada una su propia individualidad».¹⁹ Es en virtud de esta individualidad, que cada una de estas prestaciones es autónoma e independiente de las otras objeto del contrato de suministro. Esta individualidad afecta a la ejecución de la prestación, el pago por la misma, los efectos de la resolución del contrato de suministro, etcétera.

Precisamente, teniendo en cuenta dicha individualidad, la doctrina ha aclarado que el pago debe ser periódico y realizado al finalizar cada entrega:

A nuestro entender, en el caso del suministro con prestaciones periódicas de bienes, no existe mayor duda con respecto al momento y la forma que

16 CASTILLO FREYRE, Mario. «Sobre las obligaciones y su clasificación». En *Thémis*, n.º 66, p. 214.

17 REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. «Comentario al artículo 1606 del Código Civil». En *Código Civil comentado. Contratos nominados* (primera parte). Lima: Gaceta Jurídica, 2006, primera edición, t. VIII, pp. 431-432.

18 CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Suministro - Donación*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. xix, tomo I, 2002, p. 24.

19 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *El contrato de suministro en el derecho civil y el derecho Administrativo*. Lima: 1988, p. 11.

debía considerarse conveniente para establecer al suministrado la obligación de ejecutar sus prestaciones; ya que será justo que, si dichas entregas son periódicas, la contraprestación por parte del suministrado revista similar carácter.²⁰

Se entiende por prestaciones periódicas las que se realizan en intervalos determinados, cuando el proveedor debe entregar una cantidad determinada de materia prima o prestar el servicio acordado cada mes y por el término de un año.

Finalmente, Peña Nossa, sobre las prestaciones continuas, establece que no hay interrupción en el tiempo, sino continuidad o perseverancia; así, tenemos la prestación de servicios públicos (luz, agua y teléfono).²¹

En el contrato de suministro, la periodicidad y continuidad de las prestaciones, son también elementos que podemos calificar como característica particular del mismo, diferenciando *periodicidad de continuidad*, pues, en la *continuidad*, nos encontramos con una prestación ininterrumpida (por ejemplo, suministro de gas), no discontinua, ni periódica, no percibiéndose un momento particular de ejecución, careciendo esta prestación de una individualidad propia, pues lo importante es que comporta la no interrupción del aprovisionamiento durante la vigencia del contrato. En la *periodicidad*, estamos ante varias prestaciones reiteradas y repetidas en el tiempo, seguidas unas de otras (aunque pueden variar en cantidad), teniendo lugar en fechas y períodos determinados de entrega, lo que permite caracterizarlas con individualidad propia, aunque conexas todas ellas en función del acuerdo.

Es necesario aclarar que no basta, para tener configurada la existencia de un contrato de suministro, el solo hecho de verificarse un número de operaciones concertadas entre dos partes en un periodo de tiempo determinado, sino que es necesario que concurre, además, un elemento propio de esta modalidad que es que esa continuidad esté complementada con determinada conducta y servicio como el aseguramiento del aprovisionamiento de las materias requeridas por el suministrado. Cuando el contrato de suministro no es instrumentado, no puede entenderse configurado automáticamente por el solo hecho de verificarse operaciones periódicas entre dos partes, sino cuando se asegura concretamente ese aprovisionamiento de materias primas o elementos para la explotación del suministrado. Es que en este contrato se garantiza la disponibilidad constante de elementos necesarios para la continuidad operativa o la comercialización del suministrado, lo que importa la satisfacción directa, segura y económica de sus necesidades, sin que sea necesario la búsqueda y contratación constante de esos bienes.

Es necesario establecer que el suministro en una errada aplicación o ejecución con otros contratos atípicos, puede ser confundido e interpretado, como lo es con el contrato de distribución.²²

20 CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 83.

21 PEÑA NOSSA, Lisandro. *Op. cit.*, p. 338.

22 NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian. *Análisis del contrato de suministro*. AELE, n.º 229, segunda quincena-abril 2011. El contrato de distribución, a diferencia del contrato de suministro, es un con-

1.3. Plazo, preferencia y exclusividad

Los acuerdos sobre el plazo, preferencia y exclusividad, resultan esenciales para cumplir con las prestaciones del suministro, las mismas que según las reglas del Código Civil peruano, pueden estar fijadas en 3 reglas:

- Artículo 1611.- Plazo para prestaciones singulares. El plazo establecido para las prestaciones singulares se presume en interés de ambas partes.
- Artículo 1612.- Vencimiento de prestaciones singulares. Cuando el beneficiario del suministro tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, debe comunicar su fecha al suministrante con un aviso previo no menor de siete días.
- Artículo 1613.- Suministro de plazo indeterminado. Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días.

A fin de determinar el plazo de la duración del suministro (a falta de plazo) y el mismo sometido a controversia judicial o arbitral, resulta pertinente, según corresponda, aplicar lo resuelto en la Casación n.º 3938-2017-LIMA,²³ que fuera interpuesta por la empresa Servicios de Transportes de Combustible Carga Pesada (SERVI SAP S.R.L.) contra Repsol YPF Marketing SAC. El principal argumento, se centra en determinar que la parte demandada al negar la exclusividad en el suministro no ha aportado prueba alguna que lo acredite; y, 2) Infracción normativa de carácter material del artículo 1613 del Código Civil, señala que se ha aplicado indebidamente dicha norma en vista que si existió un plazo que reguló el modo operandi de las relaciones contractuales entre las partes, motivando que la sentencia de vista deba ser revocada, agrega que no tiene sentido establecerse lineamientos de metas y cumplimiento de las mismas de manera anual dentro de la relación de suministro, que la parte debía cumplir, para que, *contrario sensu*, no conlleven a que esta relación no estuvo sujeta supuestamente a plazo.

Quinto.- Que, analizada la fundamentación de las causales denunciadas se advierte que no puede estimarse, debido a que el recurso de casación no satisface el requisito de procedencia del inciso 3 del artículo 388 del Código Procesal Civil, al no haberse demostrado la incidencia directa de la infracción denunciada respecto a la decisión impugnada, verificándose que lo pretendido es revertir lo resuelto por la instancia de mérito con argumentos consistentes en una indebida motivación y que el contrato de suministro si contaba con un plazo determinado y que no obstante establecer lo contrario la parte demandada no ha probado lo vertido; sin embargo, es menester señalar que se ha cumplido con establecer claramente que con la

trato atípico, es decir, no posee una regulación propia en el ordenamiento legal. Sin embargo, podemos señalar algunos de sus elementos característicos que nos permitirán diferenciarlo del suministro. En primer lugar, la distribución consiste en una compraventa en la cual el productor le transfiere al distribuidor su mercadería para que éste la transfiera, a su vez, a los consumidores finales, de tal manera que, en la distribución, el distribuidor adquiere la propiedad de la mercadería para, posteriormente, volver a comercializarla y no para su propio consumo, que es lo que ocurre en el suministro.

23 Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

solicitud por parte de la empresa demandante para continuar distribuyendo los productos de Repsol por el plazo de seis meses adicionales se hace evidente la ausencia de acuerdo en el plazo de exclusividad, a ello se agrega que la resolución del contrato de suministro se ha realizado en legítima aplicación del artículo 1613 del Código Civil, no habiéndose demostrado la existencia del daño alegado; siendo ello así, el recurso de casación así propuesto y con argumentos que no revertirían en lo absoluto lo resuelto por la instancia de mérito, deviene en improcedente.

Éste es un contrato de larga duración, el tiempo es esencial porque «durante su vigencia el suministrado cuenta con la seguridad de sus necesidades serán cubiertas por el suministrante en la medida y condiciones pactadas».²⁴

En este caso, se ha previsto como norma imperativa, que el contrato tenga una duración máxima de veinte años, cuando lleve por objeto frutos o productos del suelo o del subsuelo con proceso de elaboración o sin él, limitándose dicho plazo máximo a diez años en los demás casos.²⁵

Por razones económicas o de limitación de competencia en el mercado, se regula en nuestro código en el artículo 1616,²⁶ por la denominada «cláusula de exclusividad». El primer supuesto se encuentra en favor de suministrante, por el cual los beneficios del suministro no pueden extenderse a terceros, podría implicar que un agricultor suministra su cosecha de uvas a una empresa de producción de pisco, cabe pactar la obligación de no hacer (exclusividad de suministro), a fin de ser el único beneficiado en el mercado de la calidad de las uvas y evitar terceros o competidores.

Sobre el pacto de preferencia, se defiende al beneficiario contra la posible concurrencia postcontractual y, con la cláusula de exclusividad, se le protege contra la posible concurrencia durante el curso del mismo contrato. Estos pactos se pueden estipular en el mismo contrato de suministro o en contrato aparte.²⁷ La cláusula de preferencia es lícita, siempre que no dure más de cinco años el pacto de preferencia por el cual se concede prioridad al suministrante o al suministrado, para una vez finalizado el contrato de suministro, celebrar un nuevo con el mismo objeto y en las mismas condiciones ofrecidas por un tercero. Si la duración de la obligación estipulada se ha estipulado por un tiempo mayor de cinco años, se reduce *ope legis* a este límite.²⁸

Las cláusulas de preferencia y exclusividad representan obligaciones de no hacer, implican una conducta limitativa o prohibitiva por parte del suministrante de proveer las prestaciones a otros competidores en el mercado.

24 GARRIDO, Lidia, Alejandro BORDA y Pascual ALFERRILLO. *Código Civil y Comercial argentino*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2015, tomo 2, p. 461.

25 *Ibidem*.

26 Artículo 1616.- «Exclusividad del suministrante. Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación».

27 REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *Op. cit.*

28 *Ibidem*.

El Código Civil y Comercial argentino, regula – respecto de ciertos contratos – la cláusula de exclusividad como un elemento natural de contrato. Así ocurre en el contrato de concesión (artículo 1503), lo cual se extiende también al contrato de distribución (artículo 1511, inciso b) y también para el contrato de franquicia (artículo 1517). El contrato de suministro no tiene regulada cláusula de exclusividad, aunque sí – como veremos – el de preferencia (artículo 1182).²⁹

Artículo 1182.- Pacto de preferencia: El pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda de tres años.

La parte que desee contratar con terceros el reemplazo total o parcial del suministro, cuyo plazo ha expirado o expirará en fecha próxima, debe dar aviso a la otra de las condiciones en que proyecta contratar con terceros, en la forma y condiciones pactadas en el contrato. La otra parte debe hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber según lo acordado. A falta de estipulación en el contrato, se aplican la forma y condiciones de uso. En su defecto, una parte debe notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato con una antelación de treinta días a su terminación y, la otra, debe hacer saber por igual medio si utilizará el pacto de preferencia dentro de los quince días de recibida la notificación. En caso de silencio de ésta, expira su derecho de preferencia.³⁰

1.4. Resolución del contrato e indemnización

Como fuente resolutoria del contrato, el suministro podría mantener algunas características distintas a otros contratos típicos. Entre los supuestos comunes a nuestro criterio se podrían presentar los siguientes supuestos:

- a) **Las penalidades.** El pacto de penalidades, a fin de asegurar el cumplimiento oportuno, la calidad de producto, aspectos técnicos o de salubridad del suministro, permitirán generar incentivos del cumplimiento idóneo de las prestaciones; de lo contrario, la imposición de penalidades o su acumulación podrán implicar causales de resolución de contrato.
- b) **Incumplimiento tardío, parcial o defectuoso:** Uno de los aspectos más importantes del suministro se encuentra dentro de la idoneidad de cumplimiento de las prestaciones, un cumplimiento parcial podría implicar una gradualidad de ser prestaciones divisibles, pero si estamos frente a bienes suministrados bajo la regla de la indivisibilidad, o se tiene una fecha única (entrega de canastas o pavos en navidad), o la entrega es completamente indistinta a lo pactado en el contrato, siempre devendría en una resolución imputable al suministrante con las reglas de resarcimiento por lucro cesante o daño emergente, es primordial analizar si la resolución sería impunible.

29 BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 405.

30 *Ibidem.*

table a la prestación defectuosa (quinta entrega de diez) o si se trasmitirá a las diferentes prestaciones del contrato y, finalmente, no puede dejar de ser menos importante la contraprestación como la principal obligación del suministrado.

La resolución por incumplimiento en el contrato de suministro supone dos requisitos: uno, que el incumplimiento sea de notable importancia; y, en segundo lugar, que ponga razonablemente en duda la posibilidad del incumplidor de atender en tiempo y forma las prestaciones subsiguientes.³¹

La norma está justificada, porque bien puede suceder que una de las partes deje de cumplir alguna de sus obligaciones (de provisión o pago) en un momento determinado, ocasionalmente, por algún motivo coyuntural; pero, sin que ello aparezca comprometiéndose en el futuro del contrato, con lo cual, si la parte cumplidora declara la resolución, habrá incurrido en un apresuramiento que debe ser desestimado jurídicamente.

Respecto al precio y resolución del suministro, es importante lo establecido por la Casación n.º 2293-2009,³² en la litis generada por el señor Enrique Cassinelli, quien interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Corporación Inca Kola, pretendiendo el pago de daño emergente y lucro cesante, sustentado su pretensión del daño emergente ocasionado por la demandada obedece al alza injustificada dispuesta por Inca Kola, sobre el precio del concentrado; y, el lucro cesante, responde a la resolución indebida y unilateral del contrato de Licencia de Explotación de Marca y Suministro (fecha 15 de febrero de 1991).

La demanda en primera instancia es declarada infundada por el a quo, la que establece sobre el daño emergente, que no se aprecia conducta antijurídica por parte de la empresa demandada, toda vez que el aumento progresivo del precio del concentrado encuentra sustento en el contrato de licencia, en el que consta que Inca Kola se reservó el derecho de modificar en cualquier momento el precio de los concentrados, dando aviso a la actora con quince días de anticipación a la fecha de entrada en vigencia del precio modificado; y, que en cuanto al lucro cesante, tampoco se halla conducta antijurídica en Corporación Inka Kola, debido a que independientemente de si se configuraron o no los hechos en que Inca Kola sustentó la resolución contractual, Enrique Cassinelli convino finalmente en el término de la relación contractual, sin imputar incumplimiento contractual a Inca Kola y sin exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de esta empresa; y, que ello se corrobora con la posterior resolución de contrato, razón por la cual, la Corte Suprema declaró INFUNDADO el recurso de casación.

La Casación n.º 2538-2006,³³ establece la importancia de determinar el origen del suministro (derecho público o privado) y por especialidad de la norma, la casación se generó por el fallo de segunda instancia, que declaró infundada la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por el Procura-

31 GARRIDO, Lidia; BORDA, Alejandro y Pascual ALFERRILLO. *Op. cit.*, p. 466.

32 Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

33 Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria - por daños y perjuicios.

dor Público del Ministerio de Presidencia en representación de SEDAPAL contra el señor Placido Aguirre Alata y otros; el recurso de casación se admitió por la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material, en la sentencia de mérito han aplicado indebidamente los artículos 1604 y 1608 del Código Civil, referidos al contrato de suministro, pues la forma de cumplimiento de la prestación en el contrato de suministro, que se realiza a través de entregas periódicas e independientes, no tienen relación con la aplicación de una sanción para este tipo de contratos, que está prevista en el artículo 6.1.2 del Reglamento Único de Adquisiciones (norma administrativa). Las normas del Código Civil son aplicables supletoriamente en materia administrativa, pero sólo cuando haya ausencia de normas o principios administrativos que resuelvan la cuestión controvertida.

La Corte Suprema otorgó la razón a los emplazados, porque en aquella época ellos utilizaron los informes del Instituto Nacional de Administración Pública -INAP, SEDAPAL y CONSUCODE, que es el organismo máximo en asuntos de esta índole, instituciones que en ese entonces fijaban las pautas en asuntos sobre abastecimiento; además, los referidos criterios adoptaron una posición razonable y prudente al caso específico de los contratos suscritos por SEDAPAL con diversos proveedores, lo cuales eran contratos de suministro, los que se caracterizan por ser contratos únicos, pero con prestaciones independientes, razón por la cual no existe responsabilidad civil alguna.

El no acreditar de manera contundente el daño causado por la falta de formalización del contrato de suministro, podría complicar la falta de probanza del daño requerido como resarcimiento, siendo éste el criterio arribado por la Casación n.º 3253-2016- Lima,³⁴ de la que se extrae lo siguiente:

En el presente proceso de Indemnización por daños y perjuicios la demandada Lima Gas Sociedad Anónima, ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas mil novecientos ochenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas mil novecientos cincuenta y dos, de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia apelada de fojas mil seiscientos noventa y dos, de fecha diez de enero de dos mil trece, en el extremo que declara infundada la pretensión principal y subordinada contenida en la reconvenCIÓN; y, fundada en parte la demanda interpuesta por Par Motors Sociedad Anónima; en consecuencia, ordena que la emplazada Lima Gas Sociedad Anónima pague una indemnización por lucro cesante, ascendente a la suma de doscientos once mil novecientos cincuenta dólares americanos (US\$211,950.00), más intereses legales, costas y costos; Revocar la aludida sentencia, en el extremo impugnado que ordena a la demandada Lima Gas Sociedad Anónima pague a favor del demandante la suma de veinticinco mil soles (\$/25,000.00) por concepto de daño emergente y la suma de ciento cincuenta mil soles (\$/150,000.00) por daño a la imagen comercial; Reformando estos extremos, ordenaron que la demandada Lima Gas Sociedad Anónima pague a la demandante Par Motors Sociedad Anónima la suma de sesenta mil soles (\$/60,000.00) como indemnización por daños y perjuicios, suma que comprende el daño emergente por diez mil soles (\$/10,000.00) como el daño a la imagen por cincuenta mil soles (\$/50,000.00).

34 Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria.

II. CONCLUSIONES

- El contrato de suministro permite que no se negocien o contraten fraccionadamente los servicios o bienes; a su vez, trae con celeridad las transacciones comerciales y la reducción de costos financieros para las personas jurídicas o naturales que requieren provisión de bienes o servicios de alta calidad y abastecimiento permanente.
- Es transcendental que el suministrado (parte acreedora de la relación obligacional) ejerza con diligencia el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) El pago del precio, b) Recepción, c) Notificar sobre la variación de sus necesidades y d) Ejercer una diligencia ordinaria de observar el cumplimiento idóneo de las prestaciones.
- Resulta primordial interpretar la naturaleza jurídica del contrato de suministro bajo los principios de prestaciones periódicos y continuas y, con meticuloso alcance del pacto de las partes contratantes, respecto a la imposición de penalidades, si las prestaciones están establecidas de manera divisible o indivisible, los acuerdos de preferencia, exclusividad, la estipulación de un plazo determinado o indeterminado y el derecho de elección. En consecuencia, la negociación y ejecución del suministro deberá ser ejercida siempre con una adecuada interpretación del derecho de obligaciones y las reglas de las consecuencias de la teoría de resolución contractual establecidas en el Código Civil peruano.

El arbitraje con entes estatales en Brasil después de la reforma de 2015. Arbitration involving state entities in Brazil after the 2015 reform

*Andre Vasconcelos Roque**

Sumario: I. Introducción. – II. Arbitrabilidad objetiva y materias sensibles. – III. La evolución de la arbitrabilidad objetiva en el Brasil. – IV. Arbitraje y entes estatales anteriormente a la Ley n.º 13.129/2015. – V. La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia para la consolidación del arbitraje con entes colectivos en el Brasil. – VI. El advenimiento de la Ley n.º 13.129/2015 y su importancia para el arbitraje que involucra intereses estatales. – VII. Conclusión. – VIII. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo analizar la posibilidad del arbitraje con entes colectivos en el Brasil, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Ley n.º 9.307/1996, sobre todo después de la promulgación de la Ley n.º 13.129/2015. En diversos países, ha sido verificada la expansión gradual de la arbitrabilidad objetiva, o sea, de las materias que pueden ser sometidas a los árbitros, además de las clásicas hipótesis de litigios estrictamente contractuales. Aunque tal fenómeno haya demorado en llegar al Brasil, después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo de Federal, también aquí se comenzó a observar, gradualmente, la ampliación de los límites del arbitraje. En lo que respecta al arbitraje con entes estatales, es razonable concluir que la tendencia también ha sido por la progresiva expansión de sus límites, sin perjuicio de la existencia de algunas importantes áreas grises, todavía no enfrentadas por la ley brasileña o por los tribunales.

Palabras-clave: Arbitraje, arbitrabilidad objetiva, administración pública.

* Doctor en derecho procesal por la Universidad del Estado del Río de Janeiro, profesor de derecho procesal de la Universidad Federal del Río de Janeiro, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Comité de Arbitraje brasileño, socio de la oficina Gustavo Tepedino Abogados. E-mail: andreroque@andreroque.adv.br.

***Abstract:** This study aims to examine the possibility of arbitration involving state entities in Brazil considering the jurisprudence of the Superior Court of Justice and Law n.º 9.307/1996, especially after the enactment of the Law n.º 13.129/2015. In many countries, a gradual expansion of objective arbitrability, i.e., matters which may be submitted to the arbitrators, has been observed, in addition to the classical hypotheses involving contractual disputes. Although this phenomenon has reached Brazil slowly, after some years of consolidation of current Arbitration Act and the express recognition of its constitutionality by the Brazilian Supreme Court, the expansion of arbitration limits, gradually, also began to be observed here. With regard to arbitration involving state entities, it is reasonable to conclude that the trend has also been the gradual expansion of its limits, notwithstanding the existence of some important gray areas not yet addressed by Brazilian law or by the courts.*

***Keywords:** Arbitration, objective arbitrability, public administration.*

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se viene consolidando en el Brasil, año tras año, como un importante medio de solución de controversias. Se evita la referencia a la expresión «medio alternativo» por creer que se trata, en verdad, del medio más adecuado para la resolución de litigios específicos, dadas las ventajas tradicionalmente atribuidas al instituto,¹ tales como la especialización de los árbitros, la celeridad e irrecorribilidad del laudo arbitral, la flexibilidad procedural, la confidencialidad y la consensualidad, que contribuyó para la conservación de los vínculos establecidos,² incluso después del fin del procedimiento, al contrario del ambiente belicoso de la jurisdicción estatal,³ que normalmente contribuye a la ruptura de

1 Sobre las ventajas del arbitraje, entre muchos otros, v. FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 19; BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e Prática da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 5-9. La doctrina extranjera también ha apuntado las mismas ventajas del arbitraje expuestas en el texto, como se recoge, por ejemplo, en MARCUS, Richard L., Edward F. SHERMAN. *Complex litigation-cases and materials on advanced civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2004, 4.^a edición, p. 891: «*The advantages often claimed for arbitration include speed, economy, expertise of the decision-maker, privacy, greater informality, convenience of time and place settings, and finality without recourse to appeal*».

2 Cf. SILVA, Eduardo Silva da. «Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade». *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun 2005, año 2, n.º 5, pp. 71-73; BASSO, Maristela. «¿Procedimento arbitral atual: Necessidade de um diálogo de reforma?». En LEMES, Selma Ferreira; Carlos Alberto CARMONA; BATISTA MARTINS, Pedro (coords.). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

3 La afirmación que se hace en el texto; sin embargo, debe ser relativizada, no sólo por el incentivo observado en las últimas décadas a prácticas de naturaleza autocompositiva en la jurisdicción estatal, sino también por la postura «contenciosa» y beligerante ocasionalmente verificada en el propio arbitraje, como ha sido apuntado, entre otros, por BASSO, Maristela, *Op. cit.*, p. 6 («No obstante el amplio conocimiento que se tiene hoy sobre los atributos, todavía se ve, durante el procedimiento arbitral, la postura “contenciosa” de las partes. [...] Tal constatación causa perplejidad en la medida en que por años hablamos sobre las razones de la conveniencia y oportunidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, luchamos contra la cultura de la sentencia, el abuso de la formalidad y el desvirtuamiento de los fines del proceso tradicional») y por BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New

las relaciones anteriores entre las partes.

Una importancia creciente ha sido atribuida al arbitraje con entes estatales, especialmente, después de inversiones de gran porte en la infraestructura del país, con la realización de eventos como la Copa del Mundo de Fútbol en 2014 y las Olimpiadas en la ciudad de Río de Janeiro en 2016.

Una concepción absolutamente restrictiva podría, en línea de principio, eliminar completamente la solución arbitral que involucra intereses estatales. Después de todo, el arbitraje, en los términos del artículo 1 de la Ley n.º 9.307/96 (Ley de Arbitraje), solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado sería indisponible por definición, no habrá ningún espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.

No obstante, se trata de un entendimiento simplista. Como será visto en el momento oportuno, desde la década del setenta del siglo pasado, con ocasión del juzgamiento del «caso Lage»,⁴ el Tribunal Supremo Federal había reconocido la posibilidad, aunque con contornos bastante imprecisos, de arbitraje involucrando intereses de la Unión. A lo largo de los últimos diez años, estos contornos han sido mejor delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre todo en materia de arbitrajes con participación de sociedades de economía mixta. Además, en el año 2015 se editó la Ley n.º 13.129, que alteró la Ley de Arbitraje brasileña para prever expresamente, en su art. 1º, § 1º, que la administración pública directa e indirecta también podrá recurrir al arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles. A pesar de esto, todavía existen aspectos relevantes sobre el tema que no han sido enfrentados hasta el momento.

Así, lo que se busca con el presente estudio, es exponer la relevante contribución de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Ley n.º 13.129/2015 para el reconocimiento de la posibilidad de arbitraje sobre intereses estatales, así como la definición de sus límites. Se pretende, además, indicar algunas dificultades aún no superadas en la materia.

II. ARBITRABILIDAD OBJETIVA Y MATERIAS SENSIBLES

El artículo 1, *caput*, de la Ley n.º 9.307/96, dispone que el arbitraje, mecanismo privado de resolución de litigios, a través del cual un tercero, escogido por los propios litigantes, impone su decisión, que será admitida entre personas capaces de contratar para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

La norma en cuestión regula aquello que en doctrina se acostumbra a denominar arbitrabilidad, delimitando cuáles litigios pueden ser resueltos por

York: Oxford University Press, 2009, pp. 40-41.

4 V. STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973, RTJ, v. 88, pp. 382 y ss.

arbitraje.^{5,6} Se trata de un límite establecido por la ley a la autonomía de la voluntad, con el fin de resguardar el interés público que, eventualmente, podría estar implicado en un proceso arbitral.⁷ Dados los límites impuestos al presente estudio, no cabe aquí cuestionar los fundamentos por detrás del instituto de la arbitrabilidad. Basta, para los fines de este trabajo, considerar que determinadas controversias pueden, eventualmente, involucrar derechos fundamentales de la más alta relevancia (como la libertad en el derecho penal) o partes en situación desigual (como el derecho del consumidor o el derecho del Trabajo) o intereses de la colectividad, que pueden no estar adecuadamente representados (como el derecho ambiental o el derecho de la competencia).⁸ En todos estos supuestos, por diversos motivos, las diversas legislaciones en el mundo en materia de arbitraje, incluyendo a la ley brasileña, imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes del litigio.

La arbitrabilidad acostumbra ser analizada por la doctrina en dos dimensiones, que son: (i) la relativa a la persona (*ratione personae*), delimitando quién puede ser sometido al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva); y (ii) la relativa a las materias (*ratione materiae*) que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros (arbitrabilidad objetiva).⁹

Así, si un acuerdo de arbitraje es celebrado fuera de los límites de la arbitrabilidad, el resultado será un negocio jurídico inválido,¹⁰ sea porque en él participó, por lo menos, un agente que no tenía capacidad para este fin (falta de

5 V. FOUCARD, Phillippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 312; BLACKABY, Nigel et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 123; LEW, Julian D. M.; Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 187. En la doctrina brasileña, entre otros, v. la obra específica sobre el tema de GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2010. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional). Universidad de São Paulo. São Paulo, p. 8.

6 En el derecho estadounidense, a veces, se utiliza el término arbitrabilidad con un significado mucho más amplio, refiriéndose a la determinación del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje, delimitado por la voluntad de las partes y no por una restricción impuesta por la legislación estatal al arbitraje. La doctrina ha anotado que esta utilización más amplia del término es capaz de generar confusiones y no se compatibiliza con la práctica más amplia internacional. V. FOUCARD, Phillippe, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Op. cit.*, p. 312; BLACKABY, Nigel et al., *cit.*, p. 123, nota 162; CARBONNEAU, Thomas E.; François JANSON. «Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994, n.º 2, p. 194.

7 V. LEW, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Op. cit.*, p. 188.

8 V. PARK, William. Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 12, 1986, p. 638.

9 Sobre la clasificación entre otros, v. FOUCARD, Phillippe, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN. *Op. cit.*, pp. 312-313; GONÇALVES, Eduardo Damião, *cit.*, p. 9.

10 La doctrina discutió en innumerables oportunidades la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, que ya fue considerada una forma de transacción, un contrato con producción de efectos procesales; y, por último, un negocio jurídico procesal. Sobre el tema, de forma general, v. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 10-15.

arbitrabilidad subjetiva), sea porque su objeto no era admitido por la ley (ausencia de arbitrabilidad objetiva).

En relación a la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, la ley brasileña determina que solamente las personas capaces de contratar, podrán celebrar un acuerdo arbitral. Naturalmente, tratándose de un negocio jurídico, la doctrina ha entendido que tal exigencia se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio, o sea, a la posibilidad de que la persona realice, sin el auxilio de terceros, los actos de la vida civil.¹¹

No basta, así, la mera capacidad de derecho o de goce, entendida ésta como la aptitud de hacerse sujeto de derechos y deberes.¹² Hay quien sustenta incluso que, como el arbitraje presupone la disponibilidad de un derecho,¹² la incapacidad de ejercicio no podría ser suplida ni siquiera por el representante o asistente del incapaz.¹³

Algunos autores han sustentado que la posibilidad de arbitraje involucrando al Estado sería una cuestión típica de arbitrabilidad subjetiva.¹⁴ No nos parece; sin embargo, que ésta sea la comprensión más adecuada de la discusión en el Brasil. Realmente, en algunas legislaciones extranjeras, hay disposiciones específicas sobre el tema, restringiendo o incluso prohibiendo arbitrajes con entes estatales.¹⁵ En la ley brasileña, todavía, no había ninguna prohibición específica para arbitrajes que involucren intereses estatales. Los entes estatales, en general, son considerados personas jurídicas. Tratándose de entes federativos, en general, o de autarquía, serán considerados como personas jurídicas de derecho público interno, por mandato del artículo 41 del Código Civil. En cualquier caso, todos podrían ser encuadrados en la definición genérica de «personas» del artículo 1

11 V. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37. En la realidad, la capacidad que se exige es la capacidad para contratar, evaluada al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje. En regla, ella coincide con la capacidad para la práctica de los actos de la vida civil, pero algunos civilmente capaces, excepcionalmente, pueden estar impedidos de firmar contratos, como los socios de la empresa quebrada. En este sentido, v. CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009, p. 55; GUERRERO, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 49-50.

12 Aunque una interpretación literal del artículo 1 de la Ley n.º 9.307/96 pudiese eliminar la posibilidad de que los llamados entes formales (condominios edilicios, masa hereditaria, masa de la quiebra) participen en arbitrajes (ya que no poseen personalidad jurídica, no siendo exactamente considerados «personas»), la doctrina ha considerado, acertadamente, que no hay fundamento para prohibir tal supuesto. Sólo se exige que los responsables de la representación de estos entes despersonalizados estén debidamente autorizados (por el juez, en los casos de masa hereditaria y de la masa de la quiebra y por la asamblea, en el caso del condominio). V. CARMONA, Carlos Alberto, *Op. cit.*, p. 37/38. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 15-16.

13 V. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 37. «En sentido aparentemente contrario, exponiendo que "las incapacidades pueden ser suplidas"». GUERRERO, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 50.

14 V., entre otros, GONÇALVES, Eduardo Damião. *Op. cit.*, p. 9.

15 Ejemplo típico es encontrado en el artículo 139 de la Constitución de Irán (exigiendo la aprobación de determinadas autoridades para la sumisión de controversias al arbitraje con entes estatales).

de la Ley n.º 9.307/96. A partir de 2015, entonces, con la modificación de la Ley de Arbitraje brasileña, que pasó a contemplar permiso expreso para el arbitraje involucrando intereses estatales, la tesis de la inarbitrabilidad subjetiva se tornó insostenible.

La duda que siempre existió en el Brasil en cuanto al arbitraje con entes estatales no dice nada respecto exactamente a la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, pero sí en relación a la disponibilidad o no de los derechos involucrados en esas controversias. Entre nosotros, por lo tanto, el problema es, precisamente, de arbitrabilidad en su aspecto objetivo; o sea, si la materia que involucra intereses estatales, dadas sus peculiaridades, podrá o no ser excluida de la apreciación del Poder Judicial.

Las principales discusiones en los últimos años sobre la arbitrabilidad han ocurrido en su dimensión objetiva.¹⁶ El punto de partida sobre el tema en la legislación brasileña está igualmente en el artículo 1 de la Ley n.º 9.307/96, que delimita el campo de exhaustividad del arbitraje a los derechos patrimoniales disponibles.

No se observa gran controversia en doctrina en cuanto al concepto de derechos patrimoniales, que son aquéllos que pueden ser cuantificados en dinero,¹⁷ o sea, que son susceptibles de valoración económica. Así, no es difícil percibir que los derechos extrapatrimoniales comprenden los derechos de la personalidad, en general (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, al nombre, a la honra, a la intimidad), ínsitos a la esencialidad del ser humano y que no pueden ser cuantificados en dinero.¹⁸

Más difícil es establecer un concepto para derechos disponibles, que a veces son tratados como un sinónimo para derechos patrimoniales,¹⁹ o son consi-

¹⁶ Como ya fue observado, inclusive por autores extranjeros. En este sentido, LEW, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KROLL. *Op. cit.*, pp. 187-188. Hay quien dice, incluso, que la arbitrabilidad subjetiva, cuando no se confunde enteramente con la noción de capacidad civil, sólo se hace visible a la luz del elemento objetivo de la relación jurídica a la que se refiere. V. GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, p. 62, mayo-agosto 2004. Éste parece ser el caso de la arbitrabilidad que involucra intereses de entes estatales en el Brasil.

¹⁷ V. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Río de Janeiro: Forense, 2000, p. 113; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Río de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p 39; TEPEDINO, Gustavo, Heloísa H. BARBOZA, Maria Celina BODIN DE MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Río de Janeiro: Renovar, v. II, 2006, p. 659.

¹⁸ Una vez violado alguno de estos derechos; sin embargo, una eventual indemnización será susceptible de apreciación pecuniaria, eliminándose el obstáculo de la patrimonialidad para fines de sumisión al arbitraje. Después de todo, lo que se juzga en el ámbito de la responsabilidad civil por daño moral no es el derecho de la personalidad en sí mismo, sino a su violación, evaluándose la existencia del daño y su cuantificación.

¹⁹ V. BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 55. LEE, João Bosco. «O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul». *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, n.º 8, p. 346, abril-junio 2000.

derados como aquéllos que pueden ser objeto de transacción,²⁰ o se toman como aquéllos que pueden ser libremente enajenados o negociados,²¹ o como aquellos derechos que no precisan ser obligatoriamente ejercidos por el titular²² o, por último, derechos sobre los que no hay prohibición de que se reconozca espontáneamente al no tener razón sin el recurso a la jurisdicción.²³

En fin, son innumerables las definiciones en doctrina para la noción de disponibilidad de un derecho, justamente uno de los criterios más utilizados por las legislaciones para delimitar las materias pasibles de arbitraje,²⁴ lo que explica la conocida cita doctrinaria de que la arbitralidad constituye una *cuestión abstracta, delicada, mal delimitada*.²⁵

Las hesitaciones en este tema corroboran la existencia de un conjunto considerable de materias consideradas sensibles²⁶ o, parcialmente, no arbitrables, en

20 V. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32-34; SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 26-29 (y al mismo tiempo refiriéndose también, de forma rápida, a la posibilidad de enajenación de los derechos disponibles). GARCEZ, José Maria Rossani. «Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional». *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n.º 12, p. 338, abril-junio 2001. Es de destacar que el art. 1072 del Código de Proceso Civil, derogado por la Ley n.º 9.306/97, establecía la admisibilidad del arbitraje para los derechos en que se admitiese transacción.

21 V. GUERRERO, Luis Fernando. *Op. cit.*, pp. 44-45 (enfatizando que esta noción sería más amplia que el concepto de derechos transigibles). MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2008, pp. 3-4. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 178.

22 V. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 38 (y al mismo tiempo aludiendo también a la idea de que tales derechos pueden ser libremente enajenados o negociados, y enfatizando que la técnica legislativa vigente es superior a la del derogado art. 1072 del Código de Proceso Civil). CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. «Direitos patrimoniais disponíveis-Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes». En BERTASI, Maria Odete Duque; Oscavo Cordeiro CORRÊA NETTO (coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 40 y ss. (y al mismo tiempo también enfatizando la noción de que tales derechos pueden ser transferidos y apropiados individualmente).

23 V. TALAMINI, Eduardo. «Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 5, pp. 144-147, abr-jun 2005.

24 Las legislaciones de varios países adoptan como criterio de arbitralidad objetiva, total o parcialmente, la disponibilidad del derecho en discusión. Ejemplos en este sentido son España, Francia, Italia, Suiza, Portugal, Argentina, Paraguay, Uruguay y el propio Brasil. En este sentido, haciendo un panorama general en la legislación comparada, Gonçalves, Eduardo Damião. *Op. cit.*, p. 176 y Ricci, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas in LEMES, Selma Ferreira, Carlos Alberto CARMONA, Pedro BATISTA MARTINS (coord.). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 402-404.

25 La cita es de JARROSSON, Charles. «La notion d'arbitrabilité». *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 0, p. 173, 2003.

26 Ésta es una denominación oriunda de la doctrina francesa, como se verifica en FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; Berthold GOLDMAN. *Op. cit.*, p. 342.

razón de la duda sobre la posibilidad de su sumisión a la justicia privada.²⁷ Son ejemplos de materias sensibles los arbitrajes que involucran entes públicos, el derecho del trabajo, el derecho de la competencia; y, por último, la protección de derechos colectivos *lato sensu*.²⁸

Es en este conjunto específico de materias sensibles, que se puede hablar de evolución de la arbitrabilidad objetiva en el Brasil, como será demostrado a continuación.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL BRASIL

El espacio ocupado por el arbitraje a lo largo de los tiempos siempre estuvo muy relacionado a la consolidación y al papel desempeñado por los órganos estatales y por el Poder Judicial. El fortalecimiento y la institucionalización progresiva del Estado redujeron, para comenzar, el campo de alcance del arbitraje. En la época de la Revolución Francesa, sin embargo, cuando había desconfianza del Poder Judicial, la posibilidad de elección por el arbitraje llegó a ser contemplada en sede constitucional.²⁹ Posteriormente, la noción de la jurisdicción como uno de los atributos de la soberanía estatal prevaleció, contribuyendo para el estrechamiento del espacio del arbitraje en los ordenamientos jurídicos.

El siglo xx acompañó la crisis del llamado *welfare state*, con la disminución de los espacios ocupados por el Estado, incremento de la actividad privada y de la autorregulación de sectores de la economía e, igualmente, el fortalecimiento de los arbitrajes.³⁰ En diversos países, se verificó la expansión gradual de la arbitrabilidad objetiva; o sea, de las materias que podrían ser sometidas a los árbitros, más allá de los clásicos supuestos de litigios estrictamente contractuales entre dos empresas privadas.³¹

Tal fenómeno demoró en llegar al Brasil, debido a las diferencias en la legislación patria sobre arbitraje anterior a la Ley n.º 9.307/96.³²

27 Existe, además, un conjunto específico de materias absolutamente inarbitrables, que comprenden los litigios relativos a la capacidad y al estado civil de las personas; los litigios puramente criminales; los litigios que derivan directamente de la quiebra, entre otros. Una relación bastante amplia puede ser consultada en GONÇALVES, Eduardo Damião. *Op. cit.*, pp. 192-193.

28 Acerca de ese tema, v. la tesis de doctorado del autor del presente estudio: ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. 2014. Tesis (doctorado em derecho procesal). Universidad del Estado del Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. V. también NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 e MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

29 V. RICCI, Edoardo Flavio. *Desnecessária conexão...* *Cit.*, p. 407.

30 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tesis (doctorado en derecho procesal). São Paulo: Universidad de São Paulo, p. 19.

31 V. FOUCARD, Phillippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *Op. cit.*, p. 337.

32 De forma general, dos modificaciones promovidas por la vigente Ley de Arbitraje contribuirían decisivamente para su desarrollo: a) previsión de fuerza vinculante para la cláusula arbitral, apartando la jurisdicción estatal y permitiendo la institución compulsiva del arbitraje, incluso en caso de recalcitrancia de la parte contraria, a diferencia del régimen anterior, en el que solamente el convenio arbitral vinculaba a los litigantes; b) equiparación de los efectos del laudo

Después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje en el Brasil y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal,³³ también aquí se comenzó a observar, de forma gradual, la ampliación de los límites de la arbitrabilidad objetiva, a partir de una interpretación liberal de las normas contenidas en la Ley n.º 9.307/96. Esta expansión, que aún se encuentra en curso hasta los días actuales, puede ser verificada, entre otras materias sensibles, en el arbitraje que involucra entes estatales, como será demostrado más detenidamente en el próximo ítem.

IV. ARBITRAJE Y ENTES ESTATALES ANTERIORMENTE A LA LEY N.º 13.129/2015

El arbitraje que involucra intereses del Estado siempre suscitó controversia en el Brasil. No se pretende, dados los límites del presente estudio, agotar todas las posiciones doctrinarias sobre el asunto.³⁴ El objetivo aquí es sólo corroborar la tendencia reciente de ampliación del campo de la arbitrabilidad objetiva en el derecho patrio.

Una concepción absolutamente restrictiva en términos de arbitrabilidad objetiva podría eliminar por completo la posibilidad de sumisión de los intereses públicos a los árbitros. El razonamiento para llegar a tal conclusión sería simple: el arbitraje solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado es indisponible, no habría espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.³⁵

No obstante, se trata de una concepción equivocada. Hace muchas décadas, el Tribunal Supremo Federal brasileño decidió el célebre «caso Lage»,³⁶ en el cual se sentó la posibilidad de la Unión de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje.³⁷ La decisión se basó en dos fundamentos principales,

arbitral a la sentencia judicial y formación de título ejecutivo judicial independientemente de la homologación por el Poder Judicial (con excepción de las sentencias arbitrales extranjeras), al contrario del régimen regulado anteriormente, en el cual se exigía, por regla, la homologación judicial de los laudos arbitrales.

- 33 V. STF, Pleno, SE 5.206-7 AgR España, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004.
- 34 Un buen resumen de las posiciones doctrinarias anteriores a la Ley n.º 13.129/2015 sobre el tema, puede ser encontrado en PEREIRA, César Augusto Guimarães. «Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ». En PEREIRA, César Augusto Guimarães y Eduardo TALAMINI (coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136, nota 5 y en BARBOSA, Joaquim Simões; Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA. «Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida». En ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269, nota 2.
- 35 En este sentido, entre otros, v. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 6.^a edición, p. 106.
- 36 V. STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973, RTJ, v. 88, pp. 382 y ss.
- 37 Un estudio más detallado sobre el caso puede ser encontrado en Lima, RIGUEIRA RENNÓ, Leandro. «O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitra-

que ya habían sido invocados por el Tribunal Federal de Recursos con ocasión del juzgamiento de la apelación: (i) el arbitraje siempre fue admitido y consagrado en nuestro derecho;³⁸ (ii) no se podía restringir la autonomía contractual del Estado, que puede prevenir el litigio por el convenio arbitral, salvo en las relaciones en que actúa como Poder Público, por no ser susceptibles de transacción.

Desde la década del setenta del siglo pasado, por lo tanto, el Tribunal Supremo Federal ya había reconocido la tradicional distinción entre los «actos de imperio» (en que el Estado actúa con supremacía, de forma imperativa sobre los administrados) y los «actos de gestión» (en los cuales el Estado actúa sin usar su supremacía sobre los destinatarios, tratándose de actos típicamente de Derecho Privado practicados por la administración pública). Como el contenido de los denominados actos de gestión es típicamente negocial, igualándose a los actos practicados por particulares, sólo antecedidos de formalidades administrativas para su realización, se admite inclusive la transacción en este campo de actuación del Estado, y así sería posible someter tales actos a la solución arbitral.

En esta misma línea de razonamiento, otra distinción interesante oriunda del derecho administrativo, remite a la clasificación del interés público en primario y secundario.³⁹ De acuerdo con tal diferenciación, el interés público primario es aquél destinado a la satisfacción del bien común de la sociedad como un todo, al paso que el interés público secundario es el que se refiere al interés meramente patrimonial de la Hacienda Pública. De ahí que, muchas veces, para satisfacer el verdadero interés público (primario), se hace necesario decidir contra la administración. Indisponible y no susceptible de arbitraje es sólo el interés público primario, no ya el secundario.

Con una u otra peculiaridad, ésta es la línea de razonamiento básica encontrada en innumerables autores que sustentan la admisibilidad del arbitraje con entes estatales, restringida a los denominados «actos de gestión» o cuando estuviera en juego sólo el interés patrimonial –secundario, por lo tanto– del Estado.⁴⁰

gem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal». In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 126-160.

- 38 Esta afirmación, evidentemente, no es de gran peso, dada la exigua experiencia arbitral en el Brasil antes de la Ley n.º 9.307/96, como ha sido destacado por CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 45, nota 34.
- 39 La distinción entre interés público primario y secundario tiene origen en la conocida obra de ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, pp. 151-152.
- 40 V. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, 6.ª edición, pp. 150 y ss. y GRAU, Eros Roberto. «Arbitragem e contrato administrativo». *Revista Trimestral de Direito Público*, 2000, n.º 32, pp. 14-20. TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, pp. 83-88; DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 13, 1996, pp. 5 y ss. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. «Arbitragem nos contratos administrativos». *Revista de Direito Administrativo*, n.º 209, julio-septiembre 1997, pp. 81-90; BRANCHER, Paulo. «Soluções de controvérsias e as Agências

Lo que se afirmó arriba vale para el Estado e igualmente para sus autarquías, que también pueden someter al arbitraje litigios sobre cuestiones que no digan nada respecto al interés público primario o a un acto de imperio. Así, sólo a título de ejemplo, el Banco Central de Brasil o el Instituto Nacional del Seguro Social pueden someter a los árbitros una cuestión sobre la prestación de servicios; la Casa de la Moneda puede llevar al arbitraje causas relacionadas al suministro de material para la acuñación de monedas, y así sucesivamente.⁴¹

No pueden existir dudas, por más fuertes motivos, en cuanto a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, que pueden igualmente celebrar acuerdo de arbitraje, hasta porque ellas están sujetas al régimen jurídico propio de las empresas privadas, por mandato del art. 173, §1º de la Constitución de la República.

Sin embargo, incluso después del importante precedente del Tribunal Supremo Federal en el «caso Lage», y después de que diversos autores manifestaron su entendimiento favorable al arbitraje que involucra entes públicos, la evolución del tema en la jurisprudencia brasileña continuaba incierta. Además del clásico argumento de la indisponibilidad, ya superado, había quien sustentaba ser inadmisible someter cuestiones que involucran al poder público, a los árbitros por al menos otros tres fundamentos: (i) necesidad de autorización legislativa previa para que los entes estatales pudiesen someter sus litigios al arbitraje; (ii) previsión en el art. 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93, de una norma que exige la previsión de cláusula de foro de elección en la sede de la administración en todos los contratos celebrados por ésta con personas físicas o jurídicas, incompatible con la solución de controversias por la vía arbitral; (ii) imposibilidad de compatibilizar la confidencialidad en el arbitraje con el principio de la publicidad de los actos administrativos, consagrado en sede constitucional.

El argumento relativo a la exigencia de previa autorización legislativa parece lógico y fue consagrado en diversas decisiones del Tribunal de Cuentas de la Unión,⁴² así como en algunos juzgados aislados.⁴³ Se aplica a la administración

Reguladoras». *Revista Brasileira de Arbitragem*, jan-mar 2004, n.º 1, pp. 45-51; CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 45-52; WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 140 y ss. TALAMINI, Eduardo. *Sociedade de economia mista [...]*. *Op. cit.*, pp. 144-147. LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 140-141.

41 Los ejemplos, bastante ilustrativos para visualizar el área cubierta por el arbitraje que involucra a los entes públicos, fueron extraídos de CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 46.

42 V., por ejemplo, Decisión n.º 286/93, Rel. Min. Homero Santos, DOU 4.8.1993; Decisión n.º 763/94, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 3.1.1995; Decisión n.º 188/95, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.5.1995; Decisión n.º 394/95, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU 28.8.1995; Decisión n.º 584/03, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 28.4.2003; Decisión n.º 215/04, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 22.3.2004; Decisión n.º 587/03, Rel. Min. Adylson Motta, DOU 1.6.2003; Decisión n.º 631/03, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, DOU 13.6.2003; Decisión n.º 1271/05, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 2.9.2005; Decisión n.º 537/06, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 17.3.2006 y Decisión n.º 1099/06, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.7.2006.

43 Ejemplo emblemático fueron las decisiones en primera instancia del caso Copel, en el Poder

pública el principio de legalidad estricta, según el cual el administrador solamente puede actuar dentro de los límites permitidos expresamente por la ley, al contrario de los particulares, que pueden actuar en los límites no vedados por el legislador. La administración, por lo tanto, sólo podría celebrar acuerdo de arbitraje, si es autorizada de forma previa y específica para este fin.⁴⁴

Este razonamiento, todavía, pierde su fuerza en relación a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, en la medida en que tales entes están constitucionalmente sometidos al régimen de las empresas privadas, derivando de ahí la autorización para que dispongan de su derecho de someter eventuales controversias al Poder Judicial. Incluso, en relación al Estado y a las autarquías, tal fundamento tampoco debería subsistir, incluso antes de la Ley n.º 13.129/2015, bien por la previsión de autorización (aunque genérica) en el propio artículo 1 de la Ley de Arbitraje, que no restringió, desde el punto de vista de la arbitrabilidad subjetiva, las personas que pueden celebrar un acuerdo de arbitraje,⁴⁵ o bien por la incidencia de los principios de la moralidad administrativa, de la buena fe objetiva y de la protección a la confianza legítima del administrado, que no puede ser perjudicado por el comportamiento contradictorio del Estado.⁴⁶ Se trata, en última instancia, de una proyección de la prohibición al *venire contra factum proprium*.⁴⁷

Judicial del Estado de Paraná, en el sentido de, incluso en la etapa liminar, ordenar la abstención de la práctica de actos relacionados a la continuidad del procedimiento de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, por ocasión de la sentencia, declarar la nulidad del acuerdo de arbitraje, invocándose como fundamento también la regla del artículo 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93. Después de sucesivos recursos e incidentes procesales en el Tribunal de Justicia de Paraná, fue concedida una medida cautelar en agravio de instrumento, suspendiéndose la eficacia de la sentencia hasta el juzgamiento del mérito de la apelación interpuesta por la UEG Araucaria Ltda. (TJPR, AI 162874-3, 3.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, j. 5.8.2004). En junio del 2006, las partes llegaron a un acuerdo, quedando extintas todas las acciones accidentales y recursos pendientes. V., sobre el caso, los relatos detallados de DINAMARCO, Julia. «Algunas consideraciones sobre el caso Copel v. UEG». En GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos práticos... cit.*, pp. 80-104 y de Alves, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 229-234.

- 44 Ésta es, en síntesis, la tesis sustentada en la opinión de BARROSO, Luis Roberto. «Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade». En *Temas de direito constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2003, t. II, pp. 610 y 615-626.
- 45 V., sobre el punto, admitiendo como autorización legislativa la previsión de la parte inicial del artículo 1 de la Ley n.º 9.307/96, Klein, Aline Lícia. «A arbitragem nas concessões de serviço público». In PEREIRA, César Augusto Guimarães y Talamini, (coords.). *Arbitragem [...]*. Op. cit., pp. 81-82 y ZIMMERMANN, Dennys. «Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 12, p. 82, enero-marzo 2007.
- 46 En este sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 50-51; SOUZA JR., Lauro da Gama e. «Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)». En PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Río de Janeiro: Forense Universitária, 2008, pp. 144-145.
- 47 Cabe resaltar, a propósito, que es frecuente la innovación de los argumentos de la buena fe y

Más allá de esto, como ha sido ilustrado por la doctrina administrativista contemporánea, es preciso revisitar el principio de legalidad estricta, originalmente concebido como una limitación en torno del acto administrativo unilateral para proteger la actuación del particular contra el Estado. En la hipótesis de un acuerdo de arbitraje, su aplicación literal se muestra inadecuada, porque ella no tiene origen en acto unilateral del administrador, sino en la autonomía de la voluntad. Así, la legalidad debe ser interpretada aquí como la vinculación de la administración a la juridicidad constitucional, de tal modo que sus actos deben guardar conformidad con el mandato establecido por la Constitución.

Dentro de este orden, la exigencia legalista de autorización legislativa específica debería ceder ante los imperativos de la eficiencia administrativa. El principio de la eficiencia, que también está contemplado en el artículo 37 de la Ley Mayor, impone que se flexibilicen los medios (lo que acarrea la admisibilidad de la solución por la vía arbitral) como contrapartida de un aumento de los controles de los resultados obtenidos por la administración. Vale decir, si la vía arbitral consiste en una alternativa más célebre y menos costosa que el recurso al Poder Judicial, el análisis de costo-beneficio apunta para su admisibilidad.⁴⁸ En esta línea de razonamiento, se concluye que el poder de celebrar un acuerdo de arbitraje está implícito en el poder de contratar, en atención al principio administrativo de eficiencia.⁴⁹ Después de todo, no tendría sentido que los derechos fuesen considerados disponibles para efectos de ser regulados mediante un contrato; y, por otro lado, entender que son indisponibles para que eventuales controversias sean sometidas al arbitraje.

La evolución en el concepto de legalidad estricta no es más que una derivación de las transformaciones por las que viene pasando el derecho administrativo en estos días.⁵⁰ El retroceso en las actividades intervencionistas del Estado y la creciente

de la prohibición en el comportamiento contradictorio para justificar la sumisión del Estado a los arbitrajes en el plano internacional, cuando el ente estatal se arrepiente de la celebración del acuerdo de arbitraje y suscita, sin justo motivo, su inmunidad de jurisdicción. En este sentido, entre otros, FOUCARD, Philippe. «Os desafios da arbitragem internacional». *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 1, enero-marzo 2004, p. 71; MALINTOPPI, Loreta. «La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, mayo-agosto 2004, p. 187.

- 48 V., sobre el punto, SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Op. cit.*, pp. 138-143.
- 49 En estos términos, BINENBOJM, Gustavo. «As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição». *Revista de Direito Administrativo*, n.º 241, pp. 173-174, julio-septiembre 2005 y ZIMMERMANN, Dennys. *Op. cit.*, pp. 88-91. En sentido análogo, sustentando que la previsión de acuerdo de arbitraje deriva de una evaluación del administrador público teniendo por balizas los principios de la economicidad, de la razonabilidad, de la motivación y, principalmente, de la continuidad del servicio público. GRINOVER, Ada Pellegrini. «Arbitragem e prestação de serviços públicos». *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 26, noviembre-diciembre 2003, pp. 72-73 y MENEZELLO, Maria D'Assunção C. «O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos». *Boletim de Direito Administrativo*, n.º 12, dec. 1997, p. 829.
- 50 En este mismo sentido, destacando la evolución modernizadora en el derecho administrativo, v. Martins, Pedro A. Batista. «Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública». En LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da*

interdependencia entre los intereses público y privado ocasionan, al mismo tiempo, la privatización de lo público y la publicitación de lo privado. La privatización de lo público acarrea la relativización de los mitos de la legalidad estricta o de la absoluta indisponibilidad de los intereses estatales, en desprecio total a la tutela de los administrados. La publicitación de lo privado impone el fortalecimiento de los derechos fundamentales del individuo, tanto en sus relaciones con el Estado (dimensión vertical), como con otros particulares (dimensión horizontal).⁵¹

Es preciso admitir, de todos modos, que el argumento de la exigencia de autorización legislativa específica puede conducir a controversias, lo que explica la previsión expresa, en cada vez más cuerpos normativos, de autorizaciones específicas para la celebración de acuerdos de arbitraje, aunque sólo sea para, por lo menos, eliminar posibles objeciones derivadas del Tribunal de Cuentas de la Unión. En este sentido, además de la previsión en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, actualmente, se encuentran normas específicas en este mismo sentido en los artículos 93, XV de la Ley n.º 9.492/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Telecomunicaciones); artículo 43, X de la Ley n.º 9.478/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Petróleo); artículo 11, III de la Ley n.º 11.079/04 (Ley de las Asociaciones Público-Privadas); artículo 4, §§5º a 7 de la Ley n.º 10.848/04 (comercialización de energía eléctrica) y artículo 23-A de la Ley n.º 8.987/95 (normas generales para la concesión y permiso de servicios públicos, en general), añadido por la Ley n.º 11.196/05, entre otros ejemplos.⁵²

El segundo fundamento a veces invocado para eliminar la idoneidad de la solución por la vía arbitral de litigios con entes estatales, se refiere al artículo 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93, que exige la previsión, en los contratos celebrados por la administración pública, de una cláusula de elección de foro en la sede de la propia administración.⁵³

La incompatibilidad de esta norma con el arbitraje; sin embargo, es sólo

atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação. Río de Janeiro: Forense, 2008, pp. 257-258.

- 51 Sobre la dimensión horizontal de los derechos fundamentales, entre muchos otros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 3.ª edición, *passim* e SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*.
- 52 Otro ejemplo ilustrativo de la tendencia reciente de contemplar autorizaciones legislativas expresas para el arbitraje que involucra intereses de entes públicos son la Ley Estatal n.º 19.477, de 12 de junio de 2011, promulgada sobre el Estado de Minas Gerais, y el Decreto n.º 46.245/2018, promulgado sobre el Estado de Río de Janeiro, disponiendo sobre la adopción del arbitraje por los entes estatales que forman parte de estas unidades federativas.
- 53 Este fundamento también llegó a ser acogido en la sentencia emitida en primera instancia en el célebre caso Copel, anteriormente mencionado y, además, en el caso Guggenheim, juzgado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (TJRJ, AI 2003.002.07839, 13.ª Câmara Civil, Rel. Des. Ademir Pimentel, Doerj. 21.1.2004). Demostrando cierta hesitación en cuanto a la arbitrabilidad de litigios en los que estén involucrados intereses estatales antes de la norma mencionada, BARBOSA, Joaquim Simões y Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA. *Arbitragem nos contratos administrativos... cit.*, pp. 271-273.

aparente. En este sentido, se recuerda que el arbitraje, incluso entre particulares, no dispensa completamente el recurso al Poder Judicial, sea como instrumento de apoyo (como el supuesto de hipótesis de la acción destinada a la ejecución específica de la cláusula arbitral «vacía», en los términos del artículo 7 de la Ley n.º 9.307/96), de revisión (artículo 33 de la Ley n.º 9.307/96) o, además, de ejecución del laudo a ser emitido por los árbitros (artículo 515, VII del Código de Proceso Civil). En todas estas situaciones, habrá espacio para la convivencia armoniosa entre la cláusula de elección de foro y el acuerdo de arbitraje.⁵⁴ El proceso arbitral será procesado según los términos estipulados en el acuerdo, al paso que cualquier acción judicial deberá ser juzgada en el foro de la sede de la administración, en los términos de la norma en cuestión.

Además de esto, la Ley de Licitaciones no impone que todas las demandas que derivan de contratos firmados con la administración sean sometidas al Poder Judicial.⁵⁵ Si las partes no celebraron un acuerdo de arbitraje, la cláusula de elección de foro irá a operar de forma plena, para toda y cualquier controversia derivada del aludido contrato. En caso, sin embargo, de que las partes hayan regulado que eventuales litigios sean sometidos a árbitros, entonces, la cláusula de elección de foro solamente irá a regir para los supuestos en que todavía cupiera el recurso al Poder Judicial.

Conviene destacar, a propósito, que la exigencia del artículo 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93 se refiere al *foro*, tratándose de término técnico específico para designar la competencia de órganos de la jurisdicción pública. Los árbitros, obviamente, no forman parte de la organización judicial estatal. Un acuerdo de arbitraje, en la realidad, no establece la competencia de los árbitros para controversia alguna, sino su jurisdicción privada.⁵⁶ Se concluye, así, que la regla en cuestión no representa óbice al arbitraje con el Estado.

Por último, el tercer fundamento que acostumbra ser suscitado como obstáculo para la sumisión de controversias que involucran al Estado, se refiere a la confidencialidad en el arbitraje y a su incompatibilidad con los principios de

54 V. CARMONA, Carlos Alberto. «Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro». En LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Pedro Batista MARTINS (coords.). *Op. cit.*, p. 46. Una demostración inequívoca de esto se encuentra en la Ley n.º 8.987/95, con las alteraciones promovidas por la Ley n.º 11.196/05, en la medida en que conviven, en el mismo cuerpo legal, las previsiones legales de que el contrato de concesión prevea cláusula de elección de foro (artículo 23, xv) y el acuerdo de arbitraje (artículo 23-A), reforzando la posibilidad de armonización entre tales disposiciones. La cláusula de elección de foro con el acuerdo de arbitraje. V. TJRJ, AC 2003.001.16786, 8.ª Câmara Civil, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 9.3.2004, reproducido y con comentarios de Lauro da Gama e Souza Junior en la *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 6, pp. 246-250, junio-septiembre 2005.

55 V. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e proceso [...]*. *Op. cit.*, p. 48.

56 V. VALENÇA FILHO, Clávio. «Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária». En LEMES, Selma Ferreira, Carlos Alberto CARMONA y Pedro BATISTA MARTINS (coords.). *Op. cit.*, pp. 439-441 y Donaldo Armelin. «Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, p. 217, septiembre-diciembre 2004.

transparencia y de publicidad de los actos administrativos.⁵⁷ Se trata, sin embargo, de un falso dilema. La ley brasileña, así como la gran mayoría de las legislaciones extranjeras,⁵⁸ guarda silencio en cuanto a la confidencialidad en el arbitraje en general. Aunque la confidencialidad sea una característica común a la mayoría de los litigios sometidos a los árbitros, las partes pueden prescindir de ella sin ninguna dificultad.

Así, tratándose de arbitrajes que involucran intereses estatales, la incidencia de los principios de transparencia y de publicidad no permitirá la confidencialidad absoluta. En este caso, restan dos alternativas: o las partes eliminan completamente la confidencialidad del procedimiento arbitral o estipulan una forma de confidencialidad parcial, en la que se permite el acceso de los interesados al contenido de la decisión de los árbitros, preservándose; sin embargo, la confidencialidad de los documentos que instruirán el proceso en el arbitraje y de todas las informaciones brindadas por las partes, cuya revelación pueda causar daño al particular que contrató con el Estado.⁵⁹ En síntesis, las partes sujetas a los principios de publicidad y de transparencia, informan el camino y el resultado del arbitraje en los órganos propios de control, sin que se tenga que abrir las audiencias realizadas en el proceso arbitral a todo y cualquier ciudadano.

Aunque sin debatir con la debida profundidad todos estos fundamentos, la jurisprudencia de los tribunales patrios, en su mayor parte, se ha manifestado en los últimos años de forma favorable a la arbitrabilidad de controversias que involucren a entes estatales, especialmente en los supuestos en los que participen empresas públicas o sociedades de economía mixta, sometidas, como ya fue visto, al régimen jurídico propio de las empresas privadas por mandato de norma constitucional expresa.⁶⁰

57 Éste fue otro fundamento adoptado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro en el juzgamiento del caso Guggenheim, ya referido anteriormente.

58 La confidencialidad acostumbra ser establecida, sin embargo, en los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales brasileñas, como se verifica en los artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; artículos 46 y 47 del Reglamento de la Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje; artículo 18.1 del Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio para el Brasil-São Paulo; arts. 17.1 y 17.2 del Reglamento del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje (CBMA) y arts. 13.1 y 13.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje Empresarial-Brasil (CamArb).

59 Entre otros, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 52; LEMES, Selma Maria Ferreira. «Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?», p. 20. Disponible en http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf, fecha de acceso: 22.7.2018; PINTO, José Emílio Nunes. «A confidencialidade na arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 6, julio-septiembre 2005, pp. 35-36. KLEIN, Aline Lícia. *Op. cit.*, pp. 102-204; SOUZA JR. Lauro da Gama e, *cit.*, pp. 156-159.

60 Un precedente siempre citado en esta materia es el juzgamiento de la Acción de Amparo interpuesta contra el Tribunal de Cuentas del Distrito Federal, en el que se decidió por la ilegalidad del acto oriundo de la corte de cuentas que había prohibido la Caesb, sociedad de economía mixta concesionaria de los servicios agua de agua y desagüe en el Distrito Federal, de celebrar un acuerdo arbitral. Se afirmó que la exploración de los servicios de agua y desagüe constituye actividad económica empresarial. V. TJDFT, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des.

V. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE CON ENTES COLECTIVOS EN EL BRASIL

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), sobre todo en los últimos quince años, ha prestado una relevante contribución para la definición del tema en el Brasil. En efecto, aunque el mismo no fuese inédito en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, la posición ocupada por el Tribunal Superior de Justicia en la organización judicial brasileña, como órgano destinado a la uniformización en la interpretación de la ley federal, fue esencial para que la delimitación de la materia ganase mayor seguridad y consistencia antes de la Ley n.º 13.129/2015.

En la primera decisión específica sobre el tema, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n.º 612.439, decidió la Segunda Sala del TSJ que sería posible el arbitraje en un contrato de energía firmado entre una sociedad de economía mixta, concesionaria de distribución de energía y una empresa privada, generadora de energía eléctrica, incluso sin autorización legislativa específica. Se enfatizó el hecho de que las sociedades de economía mixta están sometidas al régimen propio de las empresas privadas y que la controversia versaba sobre actividad económica empresarial, estando la eventual indisponibilidad restringida a los actos de imperio del Estado.⁶¹ La Segunda Sala del TSJ emitió, además, una decisión idéntica en el Recurso Especial n.º 606.345, que trataba de las mismas cuestiones discutidas en el precedente anterior.⁶²

Al mismo tiempo, otro importante caso fue apreciado por la Primera Sección del TSJ, que reúne integrantes de las Primera y Segunda Salas de aquel tribunal, competente para la apreciación de materias relacionadas al derecho público. Se trataba de un recurso interpuesto contra la decisión monocrática del Min. Luiz Fux en Acción de Amparo n.º 11.308, interpuesto contra el acto del Ministro de la Ciencia y Tecnología, que había ratificado la rescisión de un contrato de arrendamiento de un terminal portuario celebrado por la *Nuclebrás Equipamentos Pesados* (Nuclep), una sociedad de economía mixta, con empresa privada.

En el caso en cuestión, el contrato contenía un acuerdo de arbitraje, y una acción judicial intentada por la Nuclep ya había sido desestimada anteriormente por el Poder Judicial, justamente, en razón de tal acuerdo. Debido a esto, la Nuclep resolvió simplemente rescindir el contrato, obteniendo la ratificación junto

Nancy Andrichi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999. Otro precedente importante fue pronunciado en el caso «Compagas», resuelto por el antiguo Tribunal de Alzada de Paraná, V. TAPR, AC 247.646 0, 7.^a Cámara Civil, Rel. Juez Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.2.2004. El fallo de la justicia paranaense sería confirmado años más adelante por el Tribunal Superior de Justicia, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n.º 904.813, relatado con mayores detalles en el próximo ítem del presente estudio.

61 V. STJ, REsp n.º 612.439/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.9.2006.

62 V. STJ, REsp n.º 606.345/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.5.2007, DJ 8.6.2007.

al Ministro de Ciencia y Tecnología. En defensa del acto cuestionado en la impugnación, se sustentó la ilegalidad del acuerdo de arbitraje por la sociedad de economía mixta, argumento rechazado por la Primera Sección del TSJ, en una extensa decisión en la cual, trayendo a colación varios pasajes doctrinarios, se destacó la distinción entre el interés público y el interés de la administración, así como el hecho de que la Nuclep es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen propio de las empresas privadas.⁶³ Más tarde, esta decisión provisoria fue confirmada en el juzgamiento del mérito de la acción de amparo.⁶⁴

Algunos años más tarde, el asunto volvió a ser discutido con ocasión del Recurso Especial n.º 904.813, juzgado por la Tercera Sala del TSJ, bajo la relatoría de la Min. Nancy Andrighi.⁶⁵ En el caso, la *Companhia Paranaense de Gás* (Compagás), una sociedad de economía mixta, había celebrado un contrato con un consorcio que tenía por objeto la ampliación de la red de distribución de gas. Posteriormente a la celebración del contrato, las partes celebraron un convenio arbitral.

Desencadenado el litigio e incurriendo en comportamiento contradictorio, Compagás ingresó con una acción de nulidad del acuerdo de arbitraje por ilicitud del objeto, ya que, a su parecer, había interés público indisponible; y, por lo tanto, no arbitrable. El pedido de Compagás fue juzgado improcedente en primera instancia, siendo la sentencia confirmada por el Tribunal de Alzada del Estado de Paraná, bajo el fundamento de que la controversia acerca de la adecuación económico-financiera del contrato, versaba sobre intereses económicos y plenamente disponibles.

Compagás interpuso Recurso Especial, en el que suscitó, entre otras cuestiones, la ocurrencia de violación al artículo 41 de la Ley n.º 8.666/1993 (Ley de Licitaciones), aduciendo que no se podría haber reconocido la posibilidad de sumisión a los árbitros de las controversias que derivan el contrato celebrado entre las partes, sin que tal condición estuviese prevista en el aviso de licitación. Sustentó, además, que el contrato disponía sobre la competencia del foro de la región de Curitiba, en los términos del artículo 55, § 2º de la Ley de Licitaciones, lo que reforzaría la inviabilidad de solución por la vía arbitral.

Después de exponer detalladamente acerca de la posibilidad de arbitraje que involucra una sociedad de economía mixta, confirmando los fundamentos de la decisión regional y haciendo referencia al antiguo precedente propio, cuando todavía era juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios,⁶⁶ el voto de la Min. Nancy Andrighi desestimó el principal argumento de Compagás en el Recurso Especial, concluyendo que el hecho de no haber previsión del arbitraje en el aviso de licitación o en el contrato celebrado entre las partes, no invali-

⁶³ V. STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006.

⁶⁴ V. STJ, MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJe 19.5.2008.

⁶⁵ V. STJ, REsp 904.813/PR, Terceira Sala, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, DJe 28.2.2012.

⁶⁶ V. TJDFT, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999, ya referido en el presente estudio.

da el convenio celebrado posteriormente. Se afirmó, por lo tanto, que la previsión del juicio arbitral no vulnera las reglas de la licitación, pues no se puede afirmar que su resultado sería otro o que en ella participarían más o menos concurrentes, únicamente por la falta de previsión de arbitraje en el aviso.⁶⁷ Se adujo, además, que la cláusula de foro no es esencial en los contratos administrativos y, además, que no es de forma alguna incompatible con el acuerdo de arbitraje.

El voto de la relatora expone, además, que la controversia versaba sobre intereses típicamente disponibles y patrimoniales (equilibrio económico-financiero del contrato) y que la actitud de Compagás de impugnar, posteriormente, un convenio arbitral que ella misma celebró importa mala fe, además de ser perjudicial al propio interés público de ver resuelto el litigio de manera más célebre. En suma, continúa el voto, como Compagás tenía autonomía para resolver la controversia sin precisar de autorización legislativa o de recurrir al Poder Judicial, en vista de la disponibilidad de los intereses involucrados, ella también tiene autonomía para someter la controversia a arbitraje.

Los otros integrantes de la Tercera Sala acompañaron el voto de la relatora, de modo que las decisiones de las instancias inferiores, confirmando la viabilidad de arbitraje que involucra intereses de una sociedad de economía mixta, fueron integralmente mantenidas en el caso en cuestión.

VI. EL ADVENIMIENTO DE LA LEY N.º 13.129/2015 Y SU IMPORTANCIA PARA EL ARBITRAJE QUE INVOLUCRA INTERESES ESTATALES

En el año 2015, se aprobó una importante modificación legislativa, para consolidar la evolución que se observaba, sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre la arbitrabilidad de los litigios que involucran intereses de la administración pública.

En ese sentido, se aprobó la Ley n.º 13.129 / 2015, que modificó el artículo 1 de la Ley de Arbitraje brasileña, añadiéndole dos párrafos, así redactados:

§ 1º La administración pública directa e indirecta podrá utilizarse del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles.

§ 2º La autoridad o el órgano competente de la administración pública directa para la celebración de convenio de arbitraje es la misma para la realización de acuerdos o transacciones.

⁶⁷ Aunque se vea con buenos ojos el incentivo que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha conferido en los últimos años al arbitraje, inclusive cuando hay en juego intereses públicos, no se puede dejar de registrar la preocupación con esta especie de fundamento, en la medida en que la previsión en los avisos de licitación sobre la solución de controversias por la vía arbitral –dadas las ventajas reconocidas en términos de celeridad, de especialización de los árbitros y de confidencialidad– podría, eventualmente, atraer un número mayor de interesados en contratar con la administración. No se cuestiona que, en el caso, Compagás actuó de forma contradictoria y contraria a los dictámenes de la buena fe objetiva y que la solución dada al caso fue correcta, pero se indaga si esta decisión del Tribunal Superior de Justicia podrá representar, para el futuro, un sello generalizado al cambio de las reglas del juego en términos de sumisión de los litigios al arbitraje después de que el contrato ya fue celebrado, lo que no parece aconsejable.

El artículo 1 corrobora la jurisprudencia del TSJ, en el sentido de que el arbitraje podrá ser utilizado por la Administración Pública directa e indirecta para dirimir conflictos relativos a «derechos patrimoniales disponibles», repitiendo la misma expresión que ya constaba del artículo 1, *caput*. El dispositivo se refiere indistintamente a la Administración Pública directa o indirecta, de manera que el régimen constitucional preponderante para el ente público involucrado en el procedimiento arbitral (público o privado) no es relevante para definir la arbitrabilidad de la controversia.⁶⁸

Como se ha visto en los ítems anteriores, el arbitraje podrá ser utilizado en las situaciones en que la Administración practica actos de gestión (no ya de imperio), como forma de tutelar interés público secundario (patrimonial), y no interés público primario (bien común), éste típicamente indisponible. La importancia de la Ley n.º 13.129/2015, por lo tanto, consistió en establecer una regla general de admisibilidad de la vía arbitral para las controversias con la Administración Pública, poniendo fin a posible discusión que era suscitada contra su utilización, por el argumento de que no habría autorización legislativa a tal fin.

Además, de acuerdo con el § 2º del dispositivo en análisis, competente para celebrar el convenio de arbitraje en nombre de la Administración Pública será la misma autoridad u órgano designado para la celebración de acuerdos o transacciones.⁶⁹ Se trata, como se ve, de consecuencia de una tradicional opción del legislador brasileño en vincular la noción de disponibilidad del derecho susceptible de arbitraje a la posibilidad de ser objeto de transacción y a su patrimonialidad, como se verifica por los artículos 841 y 852 del Código Civil brasileño. La equiparación entre disponibilidad y posibilidad de transacción, sin embargo, tal vez merezca ser mejor debatida, como se vio por las diferentes definiciones terminológicas señaladas en el ítem 2 del presente estudio.

Aunque no se tenga definido objetivamente en la Ley de Arbitraje las hipótesis en que se estará ante derechos patrimoniales disponibles, parámetro importante de interpretación puede ser encontrado en el artículo 32, §§ 4º e 5º de la Ley n.º 13.140/2015 (Ley de Mediación), que trata de la autocomposición que involucra intereses de personas jurídicas de derecho público. De acuerdo con el § 3º, no están sujetas a autocomposición las controversias «que sólo puedan ser resueltas por actos o concesión de derechos sujetos a autorización del Poder Legislativo». Por otro lado, según dispone el § 4º, son susceptibles de autocomposición –y pasibles, igualmente, de sumisión a un tribunal arbitral– «conflictos que involucran equilibrio económico-financiero de contratos celebrados por la administración con particulares».

⁶⁸ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. «Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação». En MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). *A reforma da arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2016, p. 422.

⁶⁹ En el ámbito de la administración pública federal, la competencia para la celebración de acuerdos o transacciones judiciales varía de acuerdo con el valor y la materia discutidos en el proceso, en los términos de la Ley n.º 9.469/1997.

Otro dispositivo añadido por la Ley n.º 13.129/2015 en la Ley de Arbitraje brasileña y relevante para los fines del presente estudio se encuentra en el artículo 3, § 3º, el cual establece que el «*arbitraje que involucra a la administración pública será siempre de derecho y respetará el principio de la publicidad*».

La obligatoriedad de que el arbitraje involucrando intereses de la Administración Pública sea siempre de derecho (vedada, por lo tanto, el arbitraje de equidad) se deriva del principio de legalidad en el ámbito administrativo, según el cual el administrador sólo puede actuar dentro de los límites de la ley.

Por otro lado, se estableció para tales arbitrajes el principio de la publicidad, lo que aleja la posibilidad de ajustar la confidencialidad en el procedimiento arbitral. Se trata de una opción acertada, no sólo como consecuencia del principio de la publicidad previsto en el artículo 37, *caput* y § 3º, II, de la Constitución, pero también como forma de permitir que se fiscalice si el patrimonio público está siendo adecuadamente tutelado en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, sería conveniente que se hubiera relativizado la publicidad en situaciones especiales, involucrando secretos industriales, comerciales o, sobre todo, secreto de estado, que consisten en informaciones imprescindibles a la seguridad de la sociedad y del país (v. artículos 22 y 23 de la Ley n.º 12.527/2011). Nada impide que, en tales casos, la publicidad quede restringida a determinados actos del procedimiento arbitral, evitando la divulgación indiscriminada de toda la información en él vehiculada.⁷⁰

VII. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, como demostraron las decisiones arriba comentadas, trajo cierta seguridad jurídica en la materia. La promulgación de la Ley n.º 13.129/2015 consolidó la posibilidad de procedimientos arbitrales que involucran intereses estatales. Actualmente, se puede afirmar, hasta incluso con cierta tranquilidad, que se admite en el Brasil el arbitraje sobre controversias que involucran intereses económico-financieros de la administración pública. Existen, además, sin embargo, algunas importantes áreas grises, que todavía no fueron enfrentadas por la ley brasileña o por la jurisprudencia.

Un área gris se refiere a las materias objeto de reglamentación estatal ¿Hasta qué punto, por ejemplo, los árbitros pueden decidir una controversia sobre el equilibrio económico-financiero de un contrato, cuando éste estuviera íntimamente ligado a la fijación del valor de las tarifas establecidas en actos regulatorios? Es evidente que los árbitros no pueden, por ejemplo, determinar la naturaleza de la

70 ANDRADE, Gustavo Fernandes de. «Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação». En MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 434. Nada impide que tal restricción quede eventualmente sujeta a control judicial. No se busca aquí la revisión del laudo arbitral (es decir, de la solución de la controversia), lo que queda limitado a las hipótesis taxativamente enumeradas en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje brasileña, pero sólo asegurar en el procedimiento arbitral la observancia al principio de la publicidad establecido en la Constitución.

corriente eléctrica (si es continua o alterna) para los consumidores,⁷¹ pues se trata de una materia en que el Estado actúa con su poder de imperio. Pero, cuando un acto reglamentario estuviera vinculado a una cuestión estrictamente económico-financiera, ¿hasta dónde los árbitros podrían decidir? Se trata de una cuestión para la cual la doctrina no llegó a un consenso mínimo,⁷² y cuyo debate superaría en mucho a los límites establecidos para el presente estudio.

Es razonable concluir, de todos modos, que la tendencia verificada en el Brasil ha sido por la progresiva ampliación de los límites del arbitraje que involucra al Estado.⁷³ De una forma general, el ejemplo del arbitraje que involucra intereses estatales, demuestra que la tendencia observada en los últimos años en el Brasil, así como en otros países, ha sido la progresiva ampliación de los límites de la arbitrabilidad objetiva, sin perjuicio de existir puntuales retrocesos y además muchas incertezas en las llamadas materias sensibles, ya referidas en el inicio del presente estudio.

Ésta es una importante etapa rumbo a la consolidación definitiva del arbitraje en el Brasil como uno de los medios disponibles para la solución de controversias.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alessi, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

Almeida, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional*.

71 El ejemplo fue retirado de la clásica cita de BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, p. 290.

72 Compárese, por ejemplo, el abordaje restrictivo presentado por MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, p. 98, mayo-agosto 2004 («Las cláusulas reglamentarias de contratos de concesión se refieren a actos de imperio, y por consiguiente, no son arbitrables. Los actos de imperio configuran decisiones privativas del Estado, que no pueden ser apreciadas por un órgano arbitral, de naturaleza privada») con el entendimiento ampliativo propuesto por ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, p. 84, octubre-diciembre 2010 («Si determinado marco regulatorio sectorial dispone así o no, es una cuestión de mérito, no constituyendo presupuesto o preliminar para la decisión sobre la arbitrabilidad, ya que los árbitros de cualquier forma no estarán decidiendo por eliminar o declarar la invalidez de los actos regulatorios, sino sólo de interpretarlos, ya que la aplicabilidad y legalidad de tales actos no es controversial, discutiéndose sólo si ellos deben ser interpretados-aplicados como fijados de una forma única posible tarifa (...»)).

73 Esta tendencia, por otra parte, también verificada ya hace algunas décadas en otros países, incluso en aquéllos en que se vislumbra cierto prestigio a teorías publicistas en el derecho administrativo, como en Francia. Sobre la evolución observada en aquel país en términos de arbitrabilidad objetiva del Estado, entre otros, v. DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; Yves GAUDEMÉT. *Traité de droit administratif*. París: LGDJ, 1999, 15.ª ed., tomo 1, pp. 391-393.

Questões de doutrina e da prática. Río de Janeiro: Renovar, 2003.

Almeida, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem comercial internacional e ordem pública.* Río de Janeiro: Renovar, 2005.

Alves, Rafael Francisco. «A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos». En Salles, Carlos Alberto; Solange Teles da Silva; Ana Maria de Oliveira Nusdeo (orgs.). *Processos coletivos e tutela ambiental.* Santos: Leopoldianum, 2006, pp. 199-221.

Alves, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2010.

Andrade, Gustavo Fernandes de. «Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação». En Melo, Leonardo de Campos; Beneduzi, Renato Resende (coord.). *A reforma da arbitragem.* Río de Janeiro: Forense, 2016, pp. 411-457.

Aprigliano, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no Direito Processual Civil.* 2010. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional). São Paulo: Universidad de São Paulo.

Aragão, Alexandre Santos de. «Arbitragem e regulação». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2010, n.º 27.

Armelin, Donald. «A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial». *Revista de Arbitragem e Mediação*, abril-junio 2007, n.º 13.

Armelin, Donald. «Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira». *Revista de Arbitragem e Mediação*, septiembre-diciembre 2004, n.º 3.

Barroso, Luis Roberto. «Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade». En *Temas de direito constitucional.* Río de Janeiro: Renovar, 2003, t. ii.

Binenbojm, Gustavo. «As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição». *Revista de Direito Administrativo*, julio-septiembre 2005, n.º 241.

Bittar, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1.

Blackaby, Nigel et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.

Borges, Daniza Rosário; Daniela Leal Torres. «A arbitragem trabalhista». En Bomfim, Ana Paula Rocha do; Hellen Ferreira Monique de Menezes (coords.). *MESCs – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Braga, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Brancher, Paulo. Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras, *Revista Brasileira de Arbitragem*, enero-marzo 2004, n.º 1.

Câmara, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 3.ª ed.

Carajelescov, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010.

Carbonneau, Thomas E. y François Janson. «Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n.º 2, 1994.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.ª ed.

Carreira Alvim, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.ª ed.

Cordovil, Paulo André de França. Nova lei de arbitragem sob a óptica do processo individual do trabalho. *Revista LTr*, 1997, v. 61, n.º 5.

Corrêa Netto, Oscavo Cordeiro. «Direitos patrimoniais disponíveis. Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes». En Bertasi, Maria Odete Duque; Oscavo Cordeiro Corrêa Netto (coords.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Cretella Neto, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009, 2.^a ed.

Dallari, Adilson Abreu. «Arbitragem na concessão de serviço público». *Revista Trimestral de Direito Público*, 1996, n.º 13.

De Laubadère, André, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet. *Traité de droit administratif*. París: LGDJ, 1999, 15.^a ed., tomo 1.

Figueira Jr., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 2.^a ed.

Figueiredo, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 6.^a ed.

Fouchard, Phillippe; Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Garcez, José Maria Rossani. «Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional». *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, abril-junio 2001, n.º 12.

Garcez, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 2.^a ed.

Giglio, Wagner D. *A arbitragem e os contratos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990. Rocha, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem. Uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Río de Janeiro: Forense, 2000, 15.^a ed.

Gonçalves, Eduardo Damião. *Arbitrabilidad objetiva*. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional). São Paulo: Universidad de São Paulo, 2010.

Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, 6.^a ed.

Grau, Eros Roberto. «Arbitragem e contrato administrativo». *Revista Trimestral de Direito Público*, 2000, n.º 32.

Grebler, Eduardo. «A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada». *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto 2004, n.º 2, p. 62.

Grinover, Ada Pellegrini. «Arbitragem e prestação de serviços públicos». *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, noviembre-diciembre 2003, n.º 26.

Guerrero, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Jarrosson, Charles. «La notion d'arbitrabilité». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2003, n.º 0.

Jobim, Eduardo y Rafael Bicca Machado (coords.). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Lee, João Bosco. «O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul». *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, abril-junio 2000, n.º 8.

Lemes, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Lemes, Selma Ferreira. «Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?». Disponible en http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf.

Lemes, Selma Ferreira; Carlos Alberto Carmona y Pedro Batista Martins (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

Lew, Julian D.M.; Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

Malintoppi, Loreta. «La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado». *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto 2004, n.º 2.

Martins, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2008.

Martins, Pedro A. Batista. «Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública». En Leite, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação*. Río de Janeiro: Forense, 2008.

Martins, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2004, 8.^a ed.

Martins, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011, 32^a ed.

Melo, Raimundo Simão de. «A arbitragem como mais uma alternativa à solução de conflitos trabalhistas». *Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, 1997, n.º 14.

Menezello, Maria D'Assunção C. «O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos». *Boletim de Direito Administrativo*, diciembre 1997, n.º 12.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. «Arbitragem nos contratos administrativos». *Revista de Direito Administrativo*, julio-septiembre 1997, n.º 209.

Muniz, Joaquim de Paiva. «Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural». *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto 2004, n.º 2.

Pacheco, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003.

Parente, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Tesis (Doctorado en Derecho Procesal). São Paulo: Universidad de São Paulo, 2009.

Pastore, José. «Arbitragem trabalhista». *Revista Síntese Trabalhista. Administrativa e Previdenciária*, 2002, n.º 157.

Pereira, Ana Lúcia. -«Considerações sobre a utilização da arbitragem

nos contratos individuais de trabalho». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2009, n.º 23.

Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Río de Janeiro: Forense, 2011, 24^a ed., v. 1.

Pereira, Cesar Augusto Guimarães y Eduardo Talamini (coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Pinto, José Emílio Nunes. «A arbitragem na recuperação de empresas». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2005, n.º 7.

Pinto, José Emílio Nunes. «A confidencialidade na arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, julio-septiembre 2005, n.º 6.

Pinto, José Emílio Nunes. «Contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei n.º 9.307/96». In *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Robortella, Luiz Carlos Amorim. Mediação e Arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho, Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência, 1997, n.º 14.

Scavone Jr., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Seixas Filho, Aurélio Pitanga. «A solução de controvérsias fiscais por meio da arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, julio-septiembre 2009, n.º 22.

Szklarowsky, Leon Frejda. «A arbitragem na área tributária». *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, marzo-abril 2006, n.º 67, pp. 40-49.

Souza Jr., Lauro da Gama e. «Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado». En Pantoja, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Río de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

Tácito, Caio. *Temas de direito público*. Río de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3.

Talamini, Eduardo. «Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa». *Revista de Arbitragem e Mediação*, abril-junio 2005, n.º 5.

Tepedino, Gustavo; Heloísa H. Barboza y Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Río de Janeiro: Renovar, v. ii.

Wald, Arnoldo. «A evolução da arbitragem internacional no Brasil». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2009, n.º 23.

Wald, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Yoshida, Márcio. «A arbitrabilidade dos direitos trabalhistas». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2003, n.º 0.

Yoshida, Márcio. *Arbitragem trabalhista. Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*. São Paulo: LTr, 2006.

Zimmermann, Dennys. «Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público». *Revista de Arbitragem e Mediação*, enero-marzo 2007, n.º 12.

O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do ncpc art. 139 inc. iv (atipicidade dos meios executivos)

Thiago Rodovalho* *** ***

Sumário: I. À guisa de introdução: o papel da doutrina e da jurisprudência na dos conceitos indeterminados. – II. Pressupostos ou premissas para a possibilidade de aplicação do NCPC art. 139 IV. – III. Os limites na aplicação do NCPC art. 139 IV. – IV. A análise do caso concreto. – V. Conclusão. – VI. Referências bibliográficas.

I. À GUISA DE INTRODUÇÃO: O PAPEL DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

Sem dúvida, uma das decisões mais comentadas em torno do advento do NCPC é a proferida pela 2.^a Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, em São Paulo, que determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, a apreensão de passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida, cujos efeitos foram posteriormente suspensos por força de liminar concedida pelo TJSP em sede de polêmico *habeas corpus*, liminar

* Professor-Doutor da PUC | Campinas. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, com estágio Pós-Doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

** Esse trabalho corresponde a uma versão atualizada e modificada de versão anteriormente já publicada em: Thiago RODOVALHO. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos*, in JOTA, 21.09.16, disponível em: <https://jota.info/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>.

*** Dedico esse artigo a todos os professores, amigos e colegas que, provocados, dispuseram-se a seriamente discutir o tema. Agradeço, em especial, a ZULMAR DUARTE que, mesmo com algumas divergências, gentilmente se dispôs a ler previamente o texto, e cujas críticas ajudaram em seu aprimoramento, ainda que as falhas remanescentes sejam atribuíveis a este autor. E assim deve ser o debate acadêmico, franco, sério, amplo, plural e leal, sem constrangimentos de parte a parte.

essa confirmada depois por maioria de votos.¹

Trata-se de uma importante decisão por ser justamente uma das primeiras a aplicar o art. 139, inc. IV, do NCPC (Art. 139.- O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária), que elevou à condição de verdadeira «cláusula geral» a *atipicidade das medidas executivas*, até então restrita (e de forma mais acanhada) às obrigações de fazer e não-fazer infungíveis.²⁻³

Por evidente, não tardou a haver vozes *favoráveis*⁴ e *contrárias*⁵ à novel disposição, como é salutar ao debate jurídico.⁶

Contudo, desde o advento da referida decisão, o debate tem ocorrido cada vez mais de forma apaixonada e histriônica, o que pouco tem contribuído para a necessária reflexão dos contornos e limites para a correta aplicação do NCPC

1 Voto divergente da Desembargadora PIZZOTTI, Maria Lúcia, que denegou a ordem (TJSP, Habeas Corpus nº 2183713-85.2016.8.26.0000).

2 Cfr. GARCÍA MEDINA, José Miguel. *Novo código de processo civil comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241: «O inc. IV do art. 139 do CPC/2015 consagra o princípio da atipicidade das medidas executivas. Esse princípio já vinha, cada vez com mais veemência, ocupando espaço do princípio que lhe é oposto, o da tipicidade das medidas executivas».

3 Aliás, não deixa de ser sintomático observar-se a resistência a pontos em que o NCPC aprimorou ou inovou, tais como precedentes, audiência de conciliação/mediação, colaboração, dever de fundamentação analítico, prazos processuais em dias úteis, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, contraditório efetivo, honorários recursais, honorários contra a Fazenda Pública, inquirição direta de testemunhas, saneamento processual etc.

4 V., entre outros, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*, disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>, publicado em 24.8.2015.

5 V., entre outros, STRECK, Lenio Luiz e Dierle NUNES. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-agosto-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>, publicado em 25.8.2016.

6 Bem como vários textos já começam a ser publicados sobre o tema, como por exemplo: NCPC: DELLORE, Luiz. *Atipicidade de medidas executivas já é realidade*, in JOTA, 17.4.2017, disponível em: <https://jota.info/columnas/novo-cpc/ncpc-atipicidade-de-medidas-executivas-ja-e-realidade-17042017>; DIDIER Jr., Fredie; da CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno e DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC*, in Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Revista de Processo*, vol. 267, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2017, pp. 227/272; Marco Félix JOBIM. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil brasileiro*, disponível em https://www.academia.edu/31357942/Medidas_Estruturantes_e_o_139_IV_CPC_-Marco.docx; Trícia NAVARRO. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*, in Processualistas, publicado em 3.10.2016, disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>; e Marcelo Abelha RODRIGUES. *O que fazer quando o executado é um «cafajeste»? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?*, in Migalhas, publicado em 21.9.2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Cfr., ainda, reportagem do JOTA de 24.4.2017 sobre o tema, disponível em: <https://jota.info/justica/tribunais-comecam-a-suspender-passaporte-de-devedor-24042017>.

art. 139 IV. Não faltaram, por exemplo, aqueles que criaram para si uma «nova» decisão para, «com ela» (nova e inexistente decisão) dialogar.

Assim, não faltou quem sugerisse, em tom de galhofa, que estaria autorizado, à Shylock, o corte de uma libra de carne, ou a aplicação de choques no devedor, ou ainda a colocação de cinto de castidade etcétera.

A pilhória, entretanto, não só pouco contribui para a compreensão do NCPC art. 139 IV, como obnubila o debate.

Primeiro, porque a decisão judicial em discussão não diz isso, nem autoriza tal leitura. Segundo, pois esse tipo de argumentação (*reductio ad absurdum*), no mais das vezes, não é usado de forma impensada; ao revés, como bem lembra SCHOPENHAUER, tem por fito justamente «impedir» o debate necessário, o que não é positivo para a academia.⁷

Esse estratagema é, não por acaso, muito utilizado pelos defensores do chamado «constrangimento epistemológico», o que igualmente é antiacadêmico. *Constranger* significa «tolher a liberdade», o que, por premissa, não pode ser admitido na academia.⁸ O debate acadêmico deve ser sempre franco, sério, amplo, plural e leal, sem constrangimentos de parte a parte, a fim de que, na arena da dialética jurídica, permita-se sempre a oxigenação das ideias e o contínuo aprimoramento e evolução do direito.⁹

A doutrina¹⁰ deve ter *autoridade persuasiva* (autoridade explicativa) e *orientadora* (valor de orientação),¹¹ não *constrangedora*. «Persuadir» não se confunde com «constranger».

7 A esse respeito, cfr. SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão – em 38 estratagemas (dialética erística)*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, *passim*. Já tivemos oportunidade de tratar do tema, abordando o paroxismo da *reductio ad absurdum* consistentes na *reductio ad hitlerum* ou na *reductio ad nazium*: RODOVALHO, Thiago. *Reductio ad Hitlerum*, in Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito, 1º Caderno, p. 2, em 15.6.2014.

8 Cfr., no Houaiss, os múltiplos sentidos do verbo *constranger*, nenhum deles admissível no debate acadêmico: 1. (t.d. e pron.) unir(-se) muito, anulando-se espaços entre; apertar(-se), comprimir(-se). 2 (t.d. 1610) tolher a liberdade a (ou de); subjugar, sujeitar, dominar. 3. (bit.) [prep.: a] obrigar (alguém), ger. com ameaças, a (fazer o que não quer); forçar, coagir, compelir. 4. (t.d. e pron.) tornar ou ficar embaraçado; envergonhar(-se). 5. (t.d. e pron.) fazer perder ou perder o bom humor; incomodar(-se), aborrecer(-se).

9 Ainda que o *tom áspero* por vezes se faça presente no debate (v. SCHMIDT, Jan Peter. *Dez anos do art. 422 do Código Civil - Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na práxis judicial brasileira*, artigo que será publicado em livro em homenagem ao Professor João Baptista Villela, gentilmente cedido pelo autor, p. 4).

10 «A doutrina é o conjunto de opiniões postas pelos juristas sobre o Direito, seu fundamento, seus institutos, suas figuras e o modo de sua aplicação, com a finalidade de criá-lo e interpretá-lo» (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*, in RT, vol. 891, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 71).

11 MARTINS-COSTA, Judith. *Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários*, in *Modelos de direito privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 11 e 14. Sobre a função da doutrina, v., ainda, além do artigo citado da Professora Judith, entre outros: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*, in RT, vol. 891, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 65/106; e FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, *passim*.

E esse franco debate torna-se ainda mais relevante quando se trata de *princípio, cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado*, cada vez mais frequentes no modelo de *positivismo de normas* (regras e princípios)¹² com que mais intensamente passamos a conviver. Isto porque, os *conceitos indeterminados* (aqui em sentido lato, *princípios, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados*), por sua essência, não podem ser *aprioristicamente esgotados ou determinados pela doutrina* (não é possível à doutrina, aprioristicamente, definir por completo o que sejam, p. ex., *boa-fé objetiva, função social, ordem pública* etc.); ao revés, sua concreção, ou concretização dependem da perene decantação ao longo do tempo e de sua aplicação,¹³ cujos *contornos, limites e sistematização* incumbem à doutrina, trabalhando com sua aplicação concreta (= jurisprudência).

Assim, *doutrina e jurisprudência* não são inimigas nem antagônicas, mas exercem funções distintas numa relação hermenêutica de mútua cooperação na compreensão dos sentidos e limites dos conceitos indeterminados.¹⁴ Nesse contexto, não é positivo quando parte da jurisprudência afirma a irrelevância da doutrina,¹⁵ como igualmente não é positiva a tese da função «*constrangedora*» da doutrina. Esse pensamento de confronto, de antagonismos entre um e outro é prejudicial à Ciência Jurídica. O Direito será tão melhor quanto melhor for a relação de interação e harmonia entre doutrina e jurisprudência.¹⁶

E, como dito, o atual modelo legislativo (mais aberto) «sobreleva» essa necessária *interação e, mesmo, interpenetração* entre doutrina e jurisprudência, pois confere um maior poder ao juiz, e, justamente por isso, exige da jurisprudência uma postura responsável e prudente, *interagindo e confluindo com a doutrina*, evi-

-
- 12 GRAU, Eros Roberto. *Apresentação*, in MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 16. V., ainda, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 141.
- 13 Sobre o tema, v. amplamente MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, in Claudia LIMA MARQUES. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-2004, pp. 15 et seq.
- 14 Nesse sentido, SCHMIDT, Jan Peter. *Dez anos do art.422 do Código Civil - Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na prática judicial brasileira*, artigo que será publicado em livro em homenagem ao Professor João Baptista Villela, gentilmente cedido pelo autor, pp. 4/5: «Entretanto, é claro que tal crítica não tem uma função destrutiva; a jurisprudência e a doutrina não são campos opostos, nem mutuamente hostis. Em vez disso, a tarefa da doutrina é servir à jurisprudência: ela deseja corrigir desenvolvimentos equivocados e apontar possíveis soluções para novas questões jurídicas. Mas acima de tudo, também quer facilitar o trabalho dos tribunais, em lhes fornecendo uma perspectiva clara e facilmente acessível sobre decisões anteriores no mesmo âmbito do direito. Isso vale especialmente para a aplicação de cláusulas gerais [...].».
- 15 Ministro Humberto GOMES DE BARROS: «*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo autoridade da minha jurisdição [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal*» (*AgRg nos EDIV no REsp n.º 279.889-AL*).
- 16 Já tratamos brevemente do tema em RODOVALHO, Thiago. *A relação entre a doutrina e a jurisprudência*, in Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito, 1.^º Caderno, p. 2, em 7.9.2014.

tando os perigos do subjetivismo ou do decisionismo.¹⁷ E ambos – doutrina e jurisprudência – beneficiam-se dessa relação, mesmo quando há necessidade de criticar e apontar erros. Somos seres humanos, falíveis, portanto.

Essa *harmonia* ou *partnership* é acentuada por aqueles que estudam o êxito da *doutrina* e da *jurisprudência* alemãs,¹⁸ ainda que por vezes haja crise no relacionamento.¹⁹

Postas essas palavras introdutórias, com relação à decisão que aplicou o NCPC art. 139, inc. IV, tem-se que é preciso discutir e debatê-la pelo que *nela se contém*, não pelo que ficcionalmente se cria.

Assim, é produtiva a discussão - e com isso se louva a iniciativa do CEA-PRO - Centro de Estudos Avançados de Processo, na pessoa de seus diretores, em ordem alfabética, Ana Marcato, Elias Marques de Medeiros Neto, Luiz De llore, Rodrigo Barioni, Rogério Mollica, Sidnei Amendoeira e William Santos Ferreira, de instigá-la seriamente -, quando efetivamente controverte sobre decisão em si mesma.

Nesse contexto, há, em suma, dois debates importantes: (i) se cada medida *individualmente* considerada viola a Constituição Federal²⁰ ou se conflita com outro preceito normativo; e (ii) se as medidas *conjuntamente* consideradas violam a Constituição Federal ou se conflitam com outro preceito normativo.²¹ Passemos à análise.

II. PRESSUPOSTOS OU PREMISSAS PARA A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO NCPC ART. 139 IV

Há outra crítica que *turva* o debate: a de que quem defende a *atipicidade dos meios executivos* a defende como *regra*, para toda e qualquer situação. Isso não é

17 Abordamos a temática em RODOVALHO, Thiago. *O caso Pickles e o abuso de direito na Inglaterra e nos países de civil law: justiça, segurança jurídica e conceitos indeterminados*, in VIDAL RAMOS, Roger (Org.). *Libro de Ponencias del Xº Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Conadecivil/IPDC, 2015, pp. 141/150.

18 Cfr. DAWSON, John P. *The general clauses, viewed from a distance*, in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 41. Jahrg., H. 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 1977, pp. 454/455: «*partnership between German legal scholars and German courts: [...] And it seems unlikely that they would have succeeded so well if influence had not continued to work actively both ways*». V., também, MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, in LIMA MARQUES, Claudia. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-2004, pp. 20/23.

19 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*, in RT, vol. 891, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 65/66.

20 «*Não existe norma, senão norma jurídica interpretada de acordo com a Constituição*» (DUARTE, Zulmar in *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral*, São Paulo: GEN/Forense, 2015, p. 3).

21 Nesse sentido é a indagação de Fabio Caldas de Araujo, ante a novidade do NCPC: «*Em vista da redação do art. 139, IV, do CPC, é salutar definir quais medidas coercitivas são passíveis de aplicação em nosso sistema. A resposta exige a conjugação de outros dispositivos do CPC, como os arts. 536, 537 e 538*» (DE ARAUJO, Fabio Caldas. *Curso de processo civil*, t. I (Parte Geral), São Paulo: Malheiros, 2016, p. 643).

verdadeiro. Quem defende a *atipicidade dos meios executivos* (até porque, gostemos ou não do NCPC 139 IV, *legem habemus*) não o faz de forma indiscriminada. Há *pressupostos ou premissas* a serem observadas.

Nesse sentido, a primeira premissa é justamente a de que a *atipicidade dos meios executivos* não se consubstancia na «*prima ratio*», é dizer, a regra ou a primeira medida a ser invocada. Muito ao revés, a «*regra*» do nosso sistema continua a ser o da *tipicidade dos meios executivos*, só que agora «*temperado*» pelo sistema atípico.²²

Ou seja, e aqui reside a primeira premissa, os meios atípicos não são a *prima ratio*, e, sim, a *ultima ratio*, é dizer, esgotados e frustrados os meios executivos típicos e ordinários, pode-se, em tese, valer-se do sistema atípico.

Deste modo, tratando-se de execução por quantia certa, as medidas naturais e típicas continuam a ser o *desapossamento* do devedor, é dizer, *principia com a penhora e demais meios executivos naturais, conforme o caso (desconsideração da personalidade jurídica, v. gr.)*, e não com a imposição de medidas indutivas e coercitivas. Frustradas essas medidas naturais, poder-se-ia, em tese, passar à aplicação das medidas atípicas.

A segunda premissa advém do que muito já se construiu a respeito dos *meios de pressão (moyen de pression)*²³ para cumprimento de obrigações de fazer e não-fazer infungíveis, qual seja, a «*possibilidade*» do adimplemento. Essa segunda premissa decorre, inclusive, de imperiosidade lógica, de nada adianta a medida de pressão se a obrigação não tem como ser adimplida pelo devedor.

Isso quer significar que, esgotados e frustrados os meios típicos, o juiz se valerá dos meios atípicos se eles forem potencialmente hábeis a estimular ou forçar o cumprimento, o que pressupõe sua possibilidade, quando então eles poderão ser eficazes.

Assim, nas obrigações de pagar, se porventura há demonstração da real impossibilidade financeira da parte-obrigada, seria inócuia, e daí um constrangimento inútil e desnecessário, a imposição de medidas atípicas para forçar o cumprimento.

Agora, isso não é verdadeiro diante da conhecida figura do cenário brasileiro do «*devedor-ostentação*»,²⁴ i.e., aquele que deve, não nega – até porque *não pode* (há coisa julgada contra ele) e também porque *não precisa* (o sistema no mais das vezes ineficiente o protege) –, mas *não paga*, o que não o impede de levar uma

22 GARCIA MEDINA, José Miguel. *Novo código de processo civil comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241.

23 CALDAS DE ARAUJO, Fabio. *Curso de processo civil*, tomo I (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 643 *et seq.*

24 DUARTE, Zulmar; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando e LUIZ DELLORE. *Novo CPC reitera proteção excessiva ao devedor*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-27/limitar-penhora-online-cpc-reitera-protecao-excessiva-devedor>, publicado em 27.12.2013: «Ao que parece, o Zé Carioca é o devedor brasileiro no imaginário coletivo. Personagem que sempre dá um jeitinho para frustrar suas obrigações, sem que isso seja considerado uma deselegância ou impostura. É o *devo, não nego, pago quando puder*».

vida de luxo, incompatível com sua situação de suposta falta de bens, dirigindo bons carros, não raramente importados, jantando em bons e caros restaurantes, viajando ao exterior etc, enquanto o credor pena com a falta de bens penhoráveis (por vezes ocultados em estruturas complexas como o *Trust* ou mesmo em nome de terceiros, os «laranjas», nem sempre alcançados pelos meios executivos típicos, como multas, desconsideração da personalidade jurídica, fraude, *v. gr.*),²⁵ o que, infelizmente, ainda é comum em nosso país, em que ainda impera a denominada *cultura de transgressões*.²⁶

Para essas hipóteses, a atipicidade dos meios executivos, aprimoramento do NCPC,²⁷ revela-se importante, que é consentâneo com uma de suas normas fundamentais, que consagra o princípio da eficiência (NCPC Art. 4: «As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa», destacamos).²⁸

Por isso, as medidas atípicas são subsidiárias e excepcionais, pressupondo o esgotamento das medidas típicas e a possibilidade de cumprimento da obrigação.

III. OS LIMITES NA APLICAÇÃO DO NCPC ART. 139 IV

Preenchidos os pressupostos delineados acima, o NCPC art. 139, inc. IV, ainda encontra limites em sua aplicação, e aqui, uma vez mais, importante rememorar o que muito já se construiu a respeito dos *meios de pressão* para forçar ou estimular o cumprimento de obrigações de fazer e não-fazer infungíveis.

São limites constitucionalmente impostos e reproduzidos no NCPC art. 8.^º, quais sejam, as medidas devem observar e respeitar a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade. Nesse sentido, é claro, e chega até a ser um truismo dizê-lo, que o NCPC art. 139 IV não tem o condão de traduzir-se, no direito brasileiro, da *legis actio per manus injectionem*, é dizer, a que serviu para introduzir no direito romano a *execução pessoal*, atingindo, inclusive conduzida inicialmente pela *vis privata* (= autotutela), o «corpo» do devedor, que poderia ser morto ou reduzido à condição de escravo (servidão por dívidas),²⁹ e que poste-

25 Sobre o NCPC 139 IV e os denominados «devedores-profissionais», cfr. o acórdão do TJPR, 14.^a Câmara Cível, AI n. 1.616.016-8 (n.u. 0041463-42.2016.8.16.0000), rel. Des. THEMIS DE ALMEIDA FURQUIM CORTES, j. 22.2.2017, v.u., em que se suspenderam CNH e passaporte da devedora com base no NCPC art. 139 IV.

26 Sobre o tema, na esteira de tantos outros autores, já tivemos a oportunidade de criticar essa cultura de transgressões no Brasil: Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 75/81.

27 Nesse sentido, de há muito, BARBOSA MOREIRA já apontava a ineficiência da execução no CPC/1973: José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*, in Temas de direito processual, 4^a série, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 215/241.

28 Nesse sentido, Fernando GAJARDONI in *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral*, São Paulo: GEN/Forense, 2015, p. 458.

29 A esse respeito, *v. amplamente Max KASER. Direito privado romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 194/196, 437/438 e 459/460. «[D]as ações mais antigas e violentas de todos os tempos do direito romano» (José Rubens de MORAES. *Evolução histórica da execução civil no direito*

riormente, ainda em Roma, inicialmente através do *beneficium competentiae*,³⁰ foi sendo mitigada para a *condenação limitada*, i.e., limitada ao patrimônio do devedor, até sua efetiva *supressão* ou ao menos forte *mitigação* com o advento da *Lex Poetelia* (326 a.C.).³¹ É o momento da progressiva *patrimonialização* da execução civil.³²

É o momento da *patrimonialidade da execução* e da correta proscrição dos meios coercitivos «físicos» (*contra a pessoa e «o corpo» do devedor*), como a prisão por dívidas, *v. gr.*³³ Essa é situação atual, o *patrimônio* continua a ser a *regra, a garantia geral* do cumprimento das obrigações.³⁴

Isso não quer significar que nenhuma «restrição de direitos» seja admitida, por atingir, em alguma medida, a *pessoa* do devedor.³⁵ Note-se que o sistema romano permitia — e isso foi como regra proscrito (exceção à prisão civil por alimentos) — a incidência de medidas contra o «*corpo*» do devedor. Mas nem todas as medidas *restritivas de direito* atingem o *corpo* do devedor.

A esse respeito, vale a pena lembrar a observação de ALMEIDA COSTA com relação às *astreintes*: «ainda que tais providências atinjam o património do devedor, sempre se dirigem à sua pessoa, quer dizer, procuram determiná-lo ao cumprimento. Sintetizando o exposto, apura-se que constituem expedientes meramente compulsivos e não executivos, cominatórios, enquanto tendem a intimidar o devedor através da simples ameaça de uma condenação, e indeterminados, na medida em que a expressão concreta da providência se apresentará maior ou menor, consoante a atitude do obrigado».³⁶

Ou seja, em alguma medida, as medidas *compulsivas, coercitivas* atingem a *pessoa* do devedor, mas não necessariamente o *corpo* do devedor, de sorte a merecer reflexão sobre quando elas excedem o admitido e tolerado pelo ordenamento jurídico.

Para tanto, são relevantes as reflexões sobre a execução *in natura (in specie, ad rem ipsam)* das obrigações de fazer ou não-fazer infungíveis, i.e., quando é apli-

lusitano, São Paulo: Edusp, 2009, p. 33).

30 V. por todos Ignacio M. Poveda VELASCO. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*, Livraria Paulista: São Paulo, 2003, *passim*.

31 Cfr. KASER, Max. *Direito privado romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 438; e CALDAS DE ARAUJO, Fabio. *Curso de processo civil*, t. I (Parte Geral), São Paulo: Malheiros, 2016, p. 643.

32 DE MORAES, José Rubens. *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*, São Paulo: Edusp, 2009, p. 18.

33 DE ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Direito das obrigações*, 11^a ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 101/105.

34 cfr. DE ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Direito das obrigações*, 11^a ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 843/844.

35 Admitindo medidas restritivas de direito, v. GAJARDONI, Fernando in *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral*, São Paulo: GEN/Forense, 2015, p. 458.

36 DE ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Direito das obrigações*, 11^a ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1064/1065.

cável o brocardo *nemo praecise potest cogi ad factum* (= ninguém pode ser diretamente coagido a praticar ato a que se obrigara), regra encampada no CC francês art. 1.142 («Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur»).³⁷

Em verdade, o que essa regra e esse brocardo (corretamente) proscrevem é o exercício de *violência* contra a pessoa do devedor para forçar o cumprimento da obrigação.³⁸

Nesse contexto, proscrevem-se medidas executivas que se traduzam em *violência física contra a pessoa do devedor* ou o coloquem em *situação desproporcionalmente detrimetosa*.³⁹

Assim, não se tratando de medidas «*fisicamente coativas*» ou «*desproporcionalmente detrimetosas*» (= constrangimentos *físicos* ou *imorais*) —*limites negativos*—, e dês que atendidos os pressupostos autorizadores já delineados acima, não há vedação constitucional ou legal ao emprego dos meios de coação *moral* tendentes a agir sobre o ânimo do obrigado para estimulá-lo e psicologicamente influenciá-lo ao cumprimento da obrigação (execução indireta ou psicológica).⁴⁰

IV. A ANÁLISE DO CASO CONCRETO⁴¹

Postas todas as considerações acima, sobre os pressupostos e limites para aplicação do NCPC art. 139, IV, passa-se, agora, à análise do caso concreto.

Tem-se, assim, que as medidas executivas *típicas* já tinham sido tentadas e restaram frustradas, bem como havia elementos de ocultação patrimonial. Nesse contexto, atendidos os *pressupostos* autorizadores das medidas *atípicas*.

37 A esse respeito, inclusive sobre a *mitigação* dessa regra, cfr., entre outros, Ed. FUZIER-HERMAN, in DEMOGUE, René. *Code civil annoté*, tomo 4.^º (arts. 1315 a 1386; *et, à partir de l'article 1384, de Louis Josserand*), s/e: Paris, 1938, coment. CC 1142, pp. 229/231.

38 DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III (Les obligations – seconde partie), 2^a ed., Bruxelles, Émile Bruylant, 1950, pp. 122/123.

39 Cfr. DA SILVA, João Calvão. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4^a ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 225/226; e NERY JUNIOR, Nelson. *Soluções práticas de direito*, vol II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 512 *et seq.*

40 Muitas medidas já eram autorizadas pelo CPC/1973 art. 461, especialmente §5.^º, com a redação que lhe foi dada pela L 8952/94 («§ 5.^º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial»). A esse respeito, v. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC), 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 183/184, 188/189 e 193/195; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 27.^a ed., p. 228.

41 A esse respeito, importante a leitura das informações prestadas no Habeas Corpus (TJSP, Habeas Corpus n.^º 2183713-85.2016.8.26.0000) pela e. magistrada FERRAZ MUSA, Andrea, juíza da 2.^a Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, em São Paulo, e prolatora da polêmica decisão. Nas detalhadas informações, é possível compreender muito bem os contornos do caso e de sua decisão.

Resta, pois, saber se os *limites* para o emprego das medidas atípicas também foram igualmente respeitados.

Como dito, há, em suma, dois debates importantes: (i) se cada medida *individualmente* considerada viola a Constituição Federal ou se conflita com outro preceito normativo; e (ii) se as medidas *conjuntamente* consideradas violam a Constituição Federal ou se conflitam com outro preceito normativo.

Individualmente, as medidas judiciais foram: (i) a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, (ii) a apreensão de passaporte e (iii) o cancelamento dos cartões de crédito do executado.

Nenhuma de las, em nosso sentir, traduz-se em «*violência física*» contra a pessoa do devedor.

É preciso analisar, então, se individualmente elas têm o condão de colocar o devedor em situação «*desproporcionalmente detimentosa*».

Com relação à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (suspensão do direito de dirigir, *restrição de direitos*), não nos parece haver qualquer violação a direito fundamental ou social, nem a direito da personalidade ou colocação do devedor em situação «*desproporcionalmente detimentosa*», exceção feita aos que usam o veículo como *instrumento de trabalho*, atraindo a hipótese do NCPC art. 833, inc. V.

Note-se que, por força da Emenda Constitucional n.º 90/2015, corretamente, passou-se a reconhecer o «*transporte*» como direito social, integrando o art. 6º da CF. Trata-se de *direito fundamental e social* cujo cumprimento (= dever constitucional) é dirigido ao Estado (eficácia positiva e prestacional). Isto quer dizer que incumbe ao Estado assegurar e implementar o direito social ao transporte, o que se dá através do *transporte público*.

Dirigir veículos automotores é *direito* do cidadão, mas não se confunde com os direitos fundamental e social de *ir-e-vir* e ao *transporte*. Tanto assim o é, que a Administração Pública pode pôr condições ao seu exercício, bem como pode *administrativamente* suspender esse direito (o que ocorre, p. ex., quando se excede a pontuação máxima permitida na CNH, o que não ocorre só quando o indivíduo cometa infrações graves, isso pode ser decorrente mesmo de infrações menores, mas cuja repetição se dê acima do permitido no período de um ano). Demais disso, milhares ou mesmo milhões de cidadãos, por questões financeiras ou por mera opção pessoal, não dirigem. Pode, ainda, haver outras restrições ao exercício do direito de dirigir, tais como as impostas pelo rodízio de veículos, por pedágios em rodovias. Discute-se (e algumas cidades do mundo já o têm) a possibilidade de *pedágios urbanos*, justamente como forma de desestimular o uso de carros. Há restrições de outra ordem, como áreas livres de carros, como, p. ex., a região do calçadão no Centro da cidade de São Paulo. Já há discussão na Europa da criação de cidades livres de carro.⁴² No próximo dia 22 de setembro, celebrar-

⁴² Cfr. *From Oslo to Paris, these major cities have plans to go car-free*, disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2017/02/these-major-cities-are-starting-to-go-car-free/>; e *Uma cidade livre de carros é possível*, disponível em <http://thecityfixbrasil.com/2013/04/22/cidade-livre-de-carros/>.

se-á o dia mundial sem carro.⁴³

Ou seja, modernamente, cada vez mais se busca *desestimular* o uso de carros, de tal sorte que não nos pareça que esse direito possa ser compreendido como *fundamental* ou *social*. Justamente por isso, o *habeas corpus* impetrado contra a decisão, ao menos com relação a essa parte, não nos parecia cabível, caso contrário, seria cabível HC para discutir a suspensão da CNH por excesso de pontos.

Mais do que isso, se tudo é considerado direito fundamental, então nada o é.

Nesse sentido, a correta decisão do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, em sede de Habeas Corpus contra decisão que suspendeu a CNH de um devedor de alimentos, em que se consignou: «Isso porque o paciente inofismavelmente segue podendo ir e vir, desde que o faça a pé, de carona ou de transporte público. Esposar compreensão em sentido distinto significa dizer que os não-habilitados a dirigir não podem ir e vir, inverdade absoluta. Desnecessário dizer mais».⁴⁴

Outrossim, não o consideramos como *direito da personalidade*. Os direitos da personalidade são os valores fundamentais que compõem o próprio ser, justamente por isso *intransmissíveis* e *irrenunciáveis*, *não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária* (CC art. 11). Por mais que vivamos num país que tanto valoriza o carro e que muitas pessoas de fato se compreendam *em razão* e *em função* do carro que dirijam, este não nos parece ser um direito que verdadeiramente componha a *personalidade* do indivíduo.

Por fim, não nos parece ser o tipo de restrição – repita-se, estimulada pelo Estado –, que coloque o cidadão situação «*desproporcionalmente detimento*», havendo à sua disposição o transporte público, esse, sim, *fundamental* e *social*, e cujo uso deve ser estimulado pelo Estado. Justamente por isso, não nos parece possível, como jocosamente aventado, a possibilidade de proibição de uso do transporte público, porque este, sim, é direito social constitucionalmente garantido.

Logo, trata-se de medida atípica que, em nosso sentir, não é vedada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que, atendidos sempre os pressupostos autorizadores do NCPC art. 139 IV (esgotamento dos meios típicos e indícios de ocultação patrimonial), sua imposição parece-nos possível.⁴⁵

De igual sorte se passa com a medida restritiva (iii) o cancelamento dos cartões de crédito do executado. Também não nos parece haver qualquer vio-

43 Cfr. *Dia Mundial sem Carro*, disponível em Wikipedia: https://pt.wikipedia.org/wiki/Dia_Mundial_sem_Carro.

44 TJRS, 8.^a Câmara Cível, HC n.^o 70072211642 (n.^o CNJ: 0431358-49.2016.8.21.7000), rel. Des. MOREIRA LINS PASTI, Ricardo, j. 23.3.2017, v.u.

45 A esse respeito, discussão assemelhada se passa na Alemanha, com relação a débitos alimentares: «*Alemanha avalia retirar carteira de motorista de pai que não paga pensão alimentícia*», disponível em: <http://m.dw.com/pt/alemanha-avalia-retirar-carteira-de-motorista-de-pai-que-n%C3%A3o-paga-pens%C3%A3o-aliment%C3%ADcia/a-19463599>.

lação a direito fundamental ou social, nem a direito da personalidade ou colocação do devedor em situação «*desproporcionalmente detimento*».

Tanto assim o é, que ser *titular de um cartão de crédito* pressupõe *ter crédito*, o que é analisado e concedido por instituições financeiras; mas do que isso, se, porventura, passando por dificuldades financeiras, a pessoa deixa de honrar com pagamentos, a mesma instituição financeira concedente do cartão de crédito pode, *sponste propria*, cancelá-lo ou recusar-lhe a concessão. Ora, parece-me contraditório que instituições financeiras, para sua proteção patrimonial, possam ferir esse suposto «direito fundamental» ou esse suposto «direito da personalidade», mas não possa o Poder Judiciário igualmente fazê-lo contra aquele devedor moroso que, instado ao pagamento, e frustradas todas as tentativas de constrição patrimonial, leva vida luxuosa, valendo-se de cartões de crédito, que prescindem de dinheiro em conta, é dizer, podem justamente funcionar como forma de ocultar renda e patrimônio.

Nesse contexto, os dois pontos mais polêmicos da decisão parecem-nos dizer respeito (ii) à apreensão de passaporte e à cumulação das três medidas.

Com relação a esses dois pontos, merecem maior reflexão.

À primeira vista, a possibilidade de apreensão do passaporte também nos parece possível, pois também se trata de um direito de ir e vir de amplitude especial. Assim o é, pois, salvo situações especiais (refugiados, p. ex.), há a necessidade de demonstrar condições financeiras, de estadia e retorno para ser admitido no país de destino. Ou seja, pressupõe uma condição financeira que o devedor justamente diz não possuir. Sem embargo dessa consideração, esse ainda é um ponto que merece uma reflexão mais acurada, sendo essa apenas uma primeira impressão.

Assim também o é com relação à cumulação das três medidas. Ainda que, *isoladamente*, as medidas não firam o ordenamento jurídico, essa *cumulação*, especialmente essa cumulação desde logo, parece-nos, uma vez mais, à primeira vista, que pode, sim, violar o princípio da proporcionalidade, no preenchimento de seus pressupostos: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Embora tenhamos como medidas *adequadas*, sua cumulação, numa primeira análise, parece-nos ferir, ao menos em tese, os pressupostos de *necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, não obstante tratar-se de ponto a merecer reflexão mais acurada.

Por derradeiro, eventuais *erros ou abusos* na aplicação do NCPC art. 139 IV devem ser coibidos através dos legítimos instrumentos processuais, i.e., através do «*devido processo legal*», em especial em sua decantação no princípio do contraditório e da ampla defesa,⁴⁶ do dever de motivação (NCPC art. 489) e dos recursos inerentes,

⁴⁶ A respeito da importância do contraditório como pedra angular do processo, v., entre outros, CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*, Padova: Cedam, 1954, p. 122; disponível também em Piero CALAMANDREI. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), Napoli: Morano, 1965, vol. I, p. 678: o princípio do contraditório constitui, nos dizeres de CALAMANDREI, princípio fundamental do processo, sua força motriz e sua garantia suprema. Nesse sentido, v., ainda, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la*

mas não, em nosso sentir, através do *esvaziamento* ou *apequenamento* do NCPC art. 139 IV.

V. CONCLUSÃO

Neste singelo texto, não procuramos trazer conclusões fechadas sobre o tema, sim, *primeiras reflexões* sobre um tema novo e complexo, e que merecesse se tratado com seriedade, tanto para que não se apequene o sentido do NCPC art. 139, IV, a ponto de nulificá-lo, como também para que não empreste interpretação tão elástica a ponto de permitir arbitrariedades.

Há ainda um longo caminho para sua aplicação jurisprudencial e para sua sistematização doutrinária, definindo-lhe contornos e limites.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*, 11.^a ed., Coimbra: Almedina, 2008.

ARAUJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*, t. I (Parte Geral), São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*, in Temas de direito processual, 4^a série, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne*, in Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.^a Série.

_____. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, 27.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954.

_____. *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche* (a cura di Mauro CAPPELLETTI), vol. I, Napoli: Morano, 1965.

CALVÃO da Silva, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4^a ed., Coimbra: Almedina, 2007.

DAWSON, John P. *The general clauses, viewed from a distance*, in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 41. Jahrg., H. 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 1977.

nouvelle constitution brésilienne, in Temas de direito processual, 5.^a Série, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42; e RODOVALHO, Thiago. *Contradictório e pertinência da prova no NCPC e na arbitragem*, in DE MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi e Alexandre FREIRE. *Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada*, vol. 3 (Processo de Conhecimento - Provas), Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 179/183.

DELORE, Luiz. *Atipicidade de medidas executivas já é realidade*, in JOTA, 17.4.2017, disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/ncpc-atipicidade-de-medidas-executivas-ja-e-realidade-17042017>.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III (Les obligations – seconde partie), 2^a ed., Bruxelles, Émile Bruylant, 1950.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC*, in Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Revista de Processo*, vol. 267, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2017.

DUARTE, Zulmar in *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral*, São Paulo: GEN/Forense, 2015.

1. _____; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando; e DELLORE, Luiz. *Novo CPC reitera proteção excessiva ao devedor*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-27/limitar-penhora-online-cpc-reitera-protecao-excessiva-devedor>, publicado em 27.12.2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

FUZIER-HERMAN, Ed. in. René DEMOGUE. *Code civil annoté*, tomo 4º (arts. 1315 a 1386; et, à partir de l'article 1384, de Louis Josserand), s/e: Paris, 1938.

GAJARDONI, Fernando in *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral*, São Paulo: GEN/Forense, 2015.

_____. *A revolução silenciosa da execução por quantia*, disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>, publicado em 24.8.2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Apresentação*, in Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JOBIM, Marco Félix. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil brasileiro*, disponível em https://www.academia.edu/31357942/Medidas_Estruturantes_e_o_139_IV_CPC_-_-

Marco.docx.

KASER, Max. *Direito privado romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários*, in *Modelos de direito privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, in Claudia LIMA MARQUES. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-2004.

MORAES, José Rubens de. *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*, São Paulo: Edusp, 2009.

NAVARRO, Trícia. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*, in *Processualistas*, publicado em 3.10.2016, disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atauacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>.

NERY JUNIOR, Nelson. *Soluções práticas de direito*, vol II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos*, in *JOTA*, 21.09.16, disponível em: <https://jota.info/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>.

_____. *O caso Pickles e o abuso de direito na Inglaterra e nos países de civil law: justiça, segurança jurídica e conceitos indeterminados*, in Roger Vidal Ramos (Org.). *Libro de Ponencias del Xº Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Conadecivil/IPDC, 2015.

_____. *Contradictório e pertinência da prova no NCPC e na arbitragem*, in Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. *Coleção Novo*

CPC - *Doutrina Selecionada*, vol. 3 (Processo de Conhecimento - Provas), Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Reductio ad Hitlerum*, in Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito, 1º Caderno, p. 2, em 15.6.2014.

_____. *A relação entre a doutrina e a jurisprudência*, in Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2, em 7.9.2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*, in RT, vol. 891, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um «cafajeste»? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?*, in Migalhas, publicado em 21.9.2016, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>.

SCHMIDT, Jan Peter. *Dez anos do art. 422 do Código Civil – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na práxis judicial brasileira*, artigo que será publicado em livro em homenagem ao Professor João Baptista Villela.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão – em 38 estratégias (dialética erística)*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

2. STRECK, Lenio Luiz; e NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbitrio?*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>, publicado em 25.8.2016.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*, Livraria Paulista: São Paulo, 2003.

La posesión en el derecho civil peruano: doctrina y jurisprudencia

*José Antonio Beraún Barrantes**

Sumario: 1. Introducción. – 2. La posesión. – 2.1 Posesión: hecho o derecho subjetivo. – 2.2. Definición de la posesión. – 3. Clases de posesión. – 3.1. Posesión mediata y posesión inmediata. – 3.2. Posesión legítima y posesión ilegítima. – 3.3. Posesión ilegítima de buena fe y de mala fe. – 3.4. Posesión precaria. – 4. Defensa posesoria. – 4.1. Defensa posesoria extrajudicial. – 4.2. Defensa posesoria judicial. – 5. El IV Pleno Casatorio Civil. – 6. Conclusiones.

Resumen: El presente artículo aborda la clásica polémica entre Ihering y Savigni, acerca de la posesión; asimismo, cómo nuestra legislación concibe este tema y cuál de estas teorías adopta. Además de analizar la definición de la posesión y el debate entre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, el autor examina también la clasificación: mediata, inmediata, legítima e ilegítima, encuadrando dentro de esta última, a su vez, a la posesión ilegítima de buena o mala fe. Profundiza los mecanismos de defensa posesoria: la defensa posesoria extrajudicial y la defensa posesoria judicial. El confuso tratamiento que los juzgadores le dan al tema de la posesión precaria; y las reglas vinculantes que fueron establecidas por el IV Pleno Casatorio Civil, sobre el particular.

Palabras clave: Posesión, Ihering, Savigni, Corpus, Animus domini, Posesión legítima, Posesión ilegítima, Posesión mediata, Posesión inmediata, Posesión precaria, Defensa posesoria.

Keywords: Possession, Ihering, Savigni, Corpus, Animus domini, Legitimate possession, Illegitimate possession, Mediated possession, Immediate possession, Precarious possession, Possessory defense.

* Juez Titular Especializado en lo Civil de Huamanga, de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho; abogado y Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de Huánuco; economista por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; licenciado en Sociología por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor de Derecho Civil en la Universidad Alas Peruanas-Ayacucho. jberaun@pj.gob.pe.

I. INTRODUCCIÓN

La posesión se encuentra regulada en el Código Civil peruano del año 1984, dentro del Libro V, dedicado a los derechos reales. Específicamente, en el Título I, de la Sección tercera: Derechos reales principales.

Así tenemos, como primera constatación, que la posesión viene a ser un derecho real principal, regulado en nuestro código, incluso, antes que la propiedad, que recién es tratada en el Título II.

Ahora, el artículo 896 define a la posesión como *el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*.

Esta referencia de la definición legal al derecho de propiedad, nos lleva a la clásica polémica que sobre el tema de la posesión sostuvieron Ihering y Savigny.¹

Al respecto, González afirma: «No es posible delimitar la noción jurídica de la posesión sin entrar en algunos detalles de la clásica polémica sostenida sobre este tema por dos grandes juristas alemanes del siglo XIX: Savigny y Ihering».²

Para Savigny la posesión se componía de dos elementos: *el corpus y el animus*.

El *corpus* es la posibilidad física de actuar sobre la cosa, de disponer de ella y de defenderla de cualquier acción extraña. [...] Pero, además de la existencia de un *corpus voluntario*, se requiere la existencia del *animus domini*, es decir de la intención de poseer como propietario, esto es, de no reconocer en cabeza de otro un mejor derecho. [...] Por tal motivo, según Savigny, solo eran poseedores el dueño, el que actúa como si fuese dueño (*possessio ad usucaptionem*), el usurpador y el ladrón. [...] Según esta teoría, las otras categorías de sujetos que tuviesen contacto con el bien (por ejemplo: arrendatarios, usufructuarios, depositarios) eran tenedores, y no gozaban de la protección posesoria.³

Por su parte, Ihering reconocía en la posesión la necesidad del contacto físico voluntario con la cosa (*corpus*), pero renegaba del denominado *animus domini*, propuesto por Savigny.

[...] si la persona manifiesta su voluntad dirigida hacia el bien, esta toma la forma de relación fáctica exclusiva y exteriormente reconocible. La relación posesoria se caracteriza por la posibilidad de obrar por sí mismo sobre el bien (aspecto positivo), y por la exclusión de todos los demás para obrar respecto al mismo bien (aspecto negativo). De esta manera el *corpus* y la voluntad (no se refiere al *animus domini*) están fundidos indisolublemente, uno no existe sin el otro; por ello, la posesión es la voluntad materializada en la relación fáctica.⁴

Como vemos, para Ihering, el *animus domini* no era un elemento de la posesión, bastando un simple ánimo de exclusión de parte del poseedor; esto último, obviamente, incrementaba, respecto a la posición de Savigny, el número de supuestos para la protección posesoria, el que dependía de la voluntad de la norma jurídica.

Para Ihering, la distinción entre «posesión» y «tenencia» no puede estar, obviamente, en el

¹ Siguiendo a Gunther González, coincido en que en estricto no fue una polémica, pues Ihering formuló su tesis cuando Savigny ya había fallecido, por lo que este último jamás pudo contestar.

² GONZÁLES, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, 2.^a edición, p. 125.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, p. 126.

animus domini, que para él no existe. Por tanto, la frontera entre ambas figuras se delimita por obra del ordenamiento jurídico —ya que en los hechos la relación posesoria y la de tenencia son idénticas—, que en base a consideraciones prácticas o utilitarias establece si una determinada dominación fáctica debe ser considerada como tenencia o posesión. Normalmente la posesión se presume siempre que exista corpus y voluntariedad. Sin embargo, en algunos casos el ordenamiento degrada la relación posesoria para convertirla en tenencia. De esta manera, en el derecho romano no hubo tutela posesoria en los casos del depositario o mandatario (porque la relación de éstos no tenía utilidad propia, sino era en puro interés ajeno), del arrendatario (para debilitar su posición contractual por razones de carácter social), del comodatario, del usufructuario, etc. En ellos, fue la ley que decretó la existencia de una simple relación de tenencia, a pesar de tratarse de auténticas relaciones posesorias, según la realidad vital, y dejando a salvo las figuras en puro interés ajeno.⁵

Revisadas las posiciones que sobre la posesión tenían estos autores clásicos del derecho, volvamos al tema de la definición de este instituto legal en el Código Civil peruano.

Como ya señalé, la posesión está definida en el artículo 896 de nuestro código sustantivo civil, de la siguiente manera: «La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad».

La referencia a los atributos del derecho de propiedad en esta definición legal, podría llevarnos a pensar que nuestro ordenamiento jurídico ha acogido la teoría de la posesión de Savigny, lo que implicaría que, para ser considerado poseedor y, por tanto, para tener protección posesoria, se necesitaría de *animus domini* (intención de poseer como propietario).

No obstante, fuera de una lectura aislada y apresurada de las normas del código peruano, es sencillo verificar que, en realidad, la posición adoptada en nuestra legislación Civil es la de Ihering.

En efecto, al revisar la regulación del código sobre las clases de posesión, nos topamos con una segunda constatación, respecto a la no necesidad del *animus domini*, para ser considerado poseedor.

Así, el artículo 905 establece lo relativo a la posesión inmediata y a la posesión mediata: «Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título».

El ejemplo típico de poseedor mediato e inmediato es el del arrendador respecto del arrendatario.

El artículo 1666 del Código Civil señala: «Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

De este modo, el arrendador (que puede o no ser el propietario del bien)⁶ confiere el título al arrendatario para que ejerza una posesión temporal sobre el bien, convirtiéndose este último en poseedor inmediato y, aquél en poseedor mediato.

En conclusión, nuestra legislación civil ha acogido la teoría de la posesión

5 *Ibidem*, p. 127.

6 Por ejemplo, el artículo 1667 del Código Civil establece que: «Puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra».

de Ihering, para quien, además del contacto físico con el bien, es necesario un simple ánimo de exclusión de parte del poseedor, a fin de evitar que otros, distintos a él, se beneficien, por ejemplo, con el uso del bien.

En este último caso tenemos, entre otros, al arrendatario, el que, como es evidente, al pagar renta, reconoce en otro, distinto de sí mismo, el derecho de propiedad y, por tanto, no tiene *animus domini*.

Hay que dejar sentado que la presencia del *animus domini* no determina que el sujeto sea considerado poseedor, pues, incluso sin este elemento, como ya se demostró, quien se encuentra en contacto físico voluntario con el bien es para el ordenamiento jurídico peruano, poseedor y, por tanto, goza de protección posesoria; ahora, la presencia de *animus domini* en el poseedor, también lo incluye dentro del elenco de posibles poseedores, como sucede con el poseedor en vías de adquirir por prescripción o del mismo propietario.

A partir de una lectura sistemática del Código Civil, llegamos a la conclusión líneas arriba indicada, creyendo necesario, en un proyecto de reforma del código, modificar el artículo 896, para regular con mayor corrección el instituto jurídico de la posesión.

Incluso, existen pronunciamientos jurisdiccionales que afirman esta conclusión, como el de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, que señaló en la Sentencia de Casación n.º 877-2003-La Merced/Junín: «Que el artículo 896 del Código Civil define a la posesión como el ejercicio fáctico de uno de los poderes inherentes a la propiedad independientemente del *animus dominii* de quien lo ejerza; en ese sentido, según la Teoría de la Posesión de Ihering a la que se afilia nuestro Código Sustantivo, en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica, no requiriéndose del ánimo».

Luego de introducidos en el tema, pasaremos, en lo que sigue, a analizar tópicos como el de la definición de la posesión por la doctrina jurídica peruana, así como el tratamiento de este tema por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República.

A continuación, abordaremos la problemática de las clases de posesión bajo los mismos parámetros (doctrina y jurisprudencia).

Para finalizar, se tratará lo relativo a la protección posesoria judicial y extrajudicial, siendo especialmente críticos con la forma en la que el IV Pleno Casatorio Civil ha abordado el tema del desalojo por posesión precaria.

II. LA POSESIÓN

Pacific Heights (*El inquilino*, para Latinoamérica) es una película estadounidense del año 1990, dirigida por John Schlesinger y protagonizada por Melanie Griffith, Matthew Modine y Michael Keaton.

La trama de esta película gira alrededor de la historia de una pareja (Modine y Griffith), que asumen una gran deuda para comprar una casa en el tradicional barrio de Pacific Heights, en San Francisco; producto de esta deuda, planifican alquilar dos departamentos del inmueble, a fin de poder pagar la hipoteca.

Lo cierto es que en extrañas circunstancias de ingreso al bien y ante la de-

jadez e ignorancia de Modine y Griffith, Keaton (el inquilino) ocupa uno de estos departamentos, instalándose en él, como arrendatario.

Las escenas de la película transcurren entre los abusos de un informado inquilino que ha ocupado el inmueble; y, por tanto, se ha convertido en poseedor del mismo, sin pagar ni un centavo de renta; y los errores e impotencia de los desinformados propietarios que, incluso, perturban la posesión de aquél, cortándole el gas o agrediéndolo (por lo menos, en apariencia).

Más allá de lo interesante que termina siendo esta película, recomendada para quien quiera, desde lo lúdico, introducirse en el tema de la posesión, la misma nos permite apreciar los efectos prácticos de este instituto jurídico, por el cual una persona que de mala fe logra ocupar un bien, contando con cierta complacencia o, incluso, con autorización expresa o tácita del propietario (como en la película), recibe casi de inmediato una protección de parte del derecho, requiriéndose de un previo proceso judicial, para obligarle a restituirlo.

2.1. Posesión: hecho o derecho subjetivo

Entrando más en materia, es probable que la posesión sea uno de los temas del Código Civil que más pasiones y controversias levanta entre sus especialistas.

La posesión es un poder de hecho, pues su reconocimiento y protección por parte del derecho no está supeditado a la existencia de un título por parte del poseedor.

Sin embargo, su ubicación dentro del Libro de Derechos Reales de nuestro Código Civil, es en la Sección dedicada a los derechos reales principales.

Una primera consideración necesaria, es aquella que nos lleva a analizar si la posesión es, en realidad, un derecho real, esto es, un derecho subjetivo.

Al respecto, Gonzales señala:

La posesión, como exclusivo poder de hecho (o control autónomo) que tiene el sujeto sobre un bien, no requiere contar con algún derecho que lo sustente, pero ello no impide que produzca importantes consecuencias jurídicas. En virtud de esta situación –en apariencia antitética– es que la doctrina se ha dividido en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de la posesión: ¿es un hecho o un derecho?

Savigny consideró que la posesión es un «hecho», por cuanto se basa en circunstancias puramente materiales, aunque su carácter productor de consecuencias jurídicas le hace ser un «hecho jurídico», el cual se protege sin consideración a que exista un derecho subjetivo. En cambio, Ihering sostuvo que la posesión era un «derecho», partiendo de la idea de que este es un interés jurídicamente protegido [...] No se puede negar que actualmente la tesis de Ihering goza del favor mayoritario de la doctrina [...].

No obstante, lo expuesto, por nuestra parte consideramos erróneo tipificar la posesión como un derecho, y no como lo que es en realidad, un «hecho» con importantes consecuencias jurídicas.⁷

El autor citado argumenta su posición en las siguientes circunstancias:

- a) La posibilidad de considerar a la posesión por sí misma, un derecho subjetivo, implicaría la inconsistencia lógica de afirmar que el poseedor legítimamente

7 GONZÁLES, Gunther. *Op. cit.*, p. 135.

mo tendría dos derechos, uno derivado de su título posesorio y otro de la posesión misma.

- b) Sería absurdo que todos los ordenamientos jurídicos regulen la posesión ilegítima, dado que el solo hecho de poseer, considerado un derecho subjetivo, validaría la posesión del ladrón o del usurpador, volviéndolos poseedores legítimos.
- c) La posesión no sería un derecho subjetivo, pues su acceso al registro inmobiliario se encuentra negado, si no está amparada en un título.

Por otro lado, y sobre este tema, Lama ha señalado:

Otro elemento importante a tener presente —y que formó parte del histórico debate del siglo diecinueve— es si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo; Savigny sostuvo la primera posición, mientras que la segunda fue arduamente sostenida en su momento por Ihering. A la luz de los resultados históricos podemos concluir que nuestro país, según el artículo 896 del CC, se adhirió a la tesis de que la posesión es un derecho subjetivo, pues si bien dicha norma establece que «la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad», sin embargo, de un análisis de nuestra ley civil se verifica, como lo refiere Mésineo, que si bien la posesión nace como un hecho, no obstante apenas surgida se convierte en una relación de derecho —aunque sea esencialmente temporal— en cuanto es inmediatamente productora de efectos jurídicos; con lo que concluye que en definitiva la posesión es un derecho subjetivo, en virtud del cual el poseedor no puede ser privado o amenazado en el ejercicio de la posesión de modo unilateral por cualquier particular, requiriéndose para ello de una decisión judicial —previo proceso en forma— que establezca si le corresponde o no mantener la posesión del bien. El citado autor italiano refiere que, con relación al derecho posesorio, debe tenerse presente que, si el título de posesión deriva del título del derecho subjetivo, no forma un todo único con él, de tal manera que si, por ejemplo, alguien posee como arrendatario, el título de posesión está en el arrendamiento; otra cosa es, sin embargo, que este sea arrendatario, lo cual puede suceder antes que empiece la posesión. El debate sobre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, aún subsiste [...].⁸

Varsi (2018), citando a Maisch von Humboldt, señala, sobre una de las posiciones, respecto a la naturaleza jurídica de la posesión, que: «La posesión es un bien jurídico tutelado por el orden positivo [...] Como tal, es protegida no por ser un derecho, sino que está comprobado el hecho posesorio».⁹

El suscripto se pliega a la posición de considerar a la posesión, por sí misma, como un hecho jurídico o como una posición jurídicamente protegida. En este último caso, sin perder de vista que nos encontramos ante un poder fáctico —el que ejerce el poseedor—, independientemente de si éste está ligado a la existencia de un título para ejercitárla.

Coincido también en la opinión que afirma que, de ser considerada la posesión un derecho subjetivo, per se, no tendría sentido la regulación de posesión legítima y posesión ilegítima.

2.2. Definición de la posesión

⁸ LAMA, Héctor. Cuarto Pleno Casatorio Civil: La redefinición del desalojo por precario. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 2013, n.º 3, p. 31.

⁹ Varsi, Enrique. *Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2018, 1.^a ed., tomo 2, p. 37.

Respecto a la definición de la posesión, diversos autores se han pronunciado.

Los Mazeaud (1960) señalan:

La posesión es un simple poder de hecho; se opone a la propiedad y a los otros derechos reales, que confieren a su titular un poder de derecho. Por lo general, es el propietario de la cosa el que tiene la posesión de ella; pero puede suceder de modo diferente (por ejemplo, el ladrón es un poseedor).¹⁰

Refiriéndose específicamente a la teoría de Ihering, como aquella que aco ge nuestra legislación civil, Lama ha sostenido:

[...] Esta teoría asegura a quienes conduzcan bienes –legítima o ilegítimamente– con interés propio o satisfaciendo su propia necesidad dando al bien una finalidad económica para su propio beneficio no sean privados –o amenazados de privación– del bien, sino hasta que el órgano jurisdiccional decida a quién le corresponde legítimamente dicha conducción. Cualquier alteración fáctica de origen privado, de ese estado de cosas, no resulta lícita y puede ser rechazada extrajudicialmente por el poseedor; o a través de los interdictos o acciones posesorias, según sea el caso. Por ello, en nuestro sistema patrimonial, será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad, como es el caso del arrendatario, del comodatario, del usufructuario, etc., sino además quien no reconozca en otro la propiedad, como lo es el actual precario (artículo 911 del CC), el usurpador, el ladrón, quien se considere propietario del bien, sin serlo realmente, entre otros [...]. En el marco de esta teoría objetiva de la posesión, se establece que la posesión de bienes debe ser protegida per se, es decir, por sí misma, desligada de la existencia de otros derechos; esta idea es expuesta con precisión por Hernández Gil, quien sostiene que lo fáctico de la posesión estriba en ser suficiente el hecho para tener ingreso en la significación jurídica; refiere el jurista español que la posesión se muestra así en pureza; no requiere inquirir un porqué más allá del mostrado por ella misma.¹¹

Finalmente, dentro de los juristas nacionales, González Barrón ha formulando su propia definición de posesión:

[...] proyectamos una definición realmente analítica (que incluya los diferentes elementos que configuran el objeto estudiado) y, además, anclada en la realidad de la vida, esto es, con utilidad práctica y aplicación en el mundo de los Tribunales. La definición propuesta es la siguiente: la sola posesión es el control voluntario de un bien con relativa permanencia o estabilidad, destinado al beneficio propio (auténtico), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento.¹²

Para esta definición de la posesión, resulta clara la prescindencia de lo relativo a los atributos del propietario o al derecho de propiedad, reposando más bien sobre la voluntariedad del control sobre el bien, con cierta estabilidad y duración en el tiempo, para beneficio del poseedor y sin necesidad de titularidad jurídica.

Esta definición, creo, es adecuada, por cuanto incluye dentro sus componentes a aquellos elementos que permiten identificar, cuándo nos encontramos ante un poseedor, reconociendo en estos casos, por ejemplo, a quien ha ocupado el bien por la fuerza (usurpador), sin que el despojado lo haya recuperado dentro

10 MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960, 2.^a parte, vol. IV p. 126.

11 LAMA, Héctor. *Op. cit.*, p. 31.

12 GONZÁLES, Gunther. *La posesión precaria*. Lima: Jurista Editores, 2014, 2.^a edición, pp. 45-46.

de los 15 días de haber tomado conocimiento de su desposesión, de conformidad con lo establecido en el artículo 920 del Código Civil; y que, por ello, protegido por el derecho, debe ser llevado a juicio para que restituya el bien, a favor de quien fue afectado con el despojo.

La definición es adecuada, también, porque dentro de ella, podemos encuadrar al arrendatario con contrato vigente, que ostentando título para ejercer la posesión (de cuyo plazo pendiente, viene su permanencia en el tiempo y estabilidad), tiene el bien para sí, a fin de satisfacer sus propios intereses, razón por la cual es considerado poseedor y goza de protección posesoria.

Este mismo arrendador, cuando su contrato ha vencido y no ha sido renovado, requiriéndosele incluso antes del vencimiento la entrega del bien, ha visto su título fenecer. Aun así, para que el propietario o cualquier otro arrendador recupere el bien, deberá llevar a su arrendatario a juicio, pues su condición general de poseedor no ha variado, manteniéndose protegido por la tutela posesoria que le otorga la ley.

Su aprovechamiento, al rehusar la entrega voluntaria del bien, seguirá siendo en su propio beneficio, con intención (voluntad) de permanecer en el bien, manteniendo la permanencia y estabilidad observadas durante la vigencia del contrato, pero careciendo de título jurídico que valide su posesión, pese a lo cual sigue estando protegido por el derecho.

III. CLASES DE POSESIÓN

Como ya he indicado, el Código Civil peruano, que acoge la postura de Ihering sobre la posesión, ha regulado varios supuestos, que son explicados a continuación.

3.1. Posesión mediata y posesión inmediata

El artículo 905, ya mencionado, prevé la primera clasificación de esta figura jurídica, a través de la posesión inmediata y la posesión mediata.

La posesión inmediata es un tipo de posesión temporal y en virtud de un título para ejercerla. El ejemplo típico es el del arrendatario, quien posee el bien por el plazo que se haya estipulado en su contrato de arrendamiento (temporal o limitada en el tiempo); y, en virtud precisamente de este acto jurídico, que constituye su título posesorio.

La posesión mediata, por el contrario, es la posesión del arrendador, que por una ficción legal (pues, ha perdido el contacto físico con el bien), conserva la posesión.

En estos tipos de posesión no se aplica, como resulta lógico, la presunción de propiedad del poseedor, prevista en el artículo 912 del Código Civil: «El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito».

Es necesario precisar que el mismo sujeto puede reunir, en sí mismo, a las condiciones de poseedor mediato y poseedor inmediato; este sería el caso del arrendatario con posibilidad de subarrendar.

En efecto, el arrendatario con potestad para subarrendar es, frente a su arrendador, poseedor inmediato; pero, respecto a su subarrendatario, tendrá la condición de poseedor mediato.

3.2. Posesión legítima y posesión ilegítima

La posesión legítima viene a ser aquella que se corresponde con la existencia de un título de parte del poseedor. Así, el arrendatario o el usufructuario, con plazo vigente, o el mismo propietario, vienen a ser poseedores legítimos.

Asimismo, la posesión ilegítima viene a ser la posesión de aquél que tiene el bien sin estar amparado por un título.

Encontramos dentro de este último caso al usurpador, que ingresa al bien a la fuerza y sin tener derecho para ello; o al arrendatario cuyo contrato ha vencido, y se le ha requerido, incluso antes del vencimiento, la entrega del bien.

3.3. Posesión ilegítima de buena fe y de mala fe

El artículo 906 del Código Civil establece que: «La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título».

Por su parte, el artículo 907 regula que: «La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada».

De la revisión de estas normas tenemos que, en el caso de la posesión ilegítima, ésta puede ejercitarse con buena fe cuando en el poseedor surge y se mantiene la convicción de su legitimidad para tener el bien, creyéndose amparado por el derecho.

Así, tenemos el caso del arrendatario cuyo contrato de arrendamiento no se encuentra inscrito; y su arrendador vende el bien, convirtiendo al mencionado arrendatario en poseedor ilegítimo, desde el momento que le es comunicado por el nuevo propietario, el requerimiento de entrega del bien; y siempre que este último no se haya obligado a respetar el plazo pendiente del contrato de arrendamiento, de ser el caso.

La pertinencia de este ejemplo la obtenemos del IV Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación n.º 2195-2011-Ucayali), que establece como supuesto de posesión precaria el mencionado (Regla vinculante n.º 5.4.): «La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil».

Como vemos, la buena fe del arrendatario se mantiene, en tanto alegue desconocer de la compraventa a favor del nuevo propietario, pero se tornará en posesión ilegítima, de mala fe, desde el momento en el que conoce de su nueva condición; y, por tanto, de su obligación de entregar el bien al nuevo propietario.

Ahora, el otro supuesto de posesión viene a ser el de la posesión ilegítima de mala fe, en la cual el poseedor conoce, desde que ocupa o tiene el bien, de su mala fe y ausencia de título.

En este último caso, tenemos al ladrón que arrebata el bien o al usurpador en busca de terrenos para invadir, que ocupa el bien, a sabiendas de su ausencia de legitimidad.

3.4. Posesión precaria

El artículo 911 del Código Civil establece: «La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido».

Sobre este tipo de posesión, un sector de la doctrina nacional reniega de su definición legal, por el citado artículo 911, pues para algunos, como Gunther González, se ha desconfigurado a la posesión precaria de su origen histórico, como un tipo de posesión gratuita y en virtud de una gracia del propietario (por ejemplo, tenemos el caso del padre, cuyo hijo se casa y, a título de liberalidad, le entrega a este último un bien, para que resida ahí con su cónyuge, sin pago de renta, pudiendo requerir la devolución del inmueble en cualquier momento; este hijo y su cónyuge, serían precarios, para la posición comentada).

[...] es precario todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia o benevolencia. Sus notas distintivas son que el precario se origina por título social o, excepcionalmente por título jurídico de carácter obligatorio que ha fenecido por nulidad manifiesta.¹³

Lama ha criticado esta posición, considerándola alejada de nuestro desarrollo normativo y jurisprudencial, además, porque la existencia de título del precario, así sea este «social», contraviene la definición prevista en el artículo 911.

Tal posición sobre el precario es ajena a nuestra realidad actual, a nuestro ordenamiento jurídico y a la evolución de la jurisprudencia que históricamente han expedido los tribunales peruanos. Constituye en esencia un intento de volver al pasado, lo que obviamente es un enfoque anti histórico y sin utilidad práctica. El actual concepto sobre precario en nuestro país —«vulgar» según el notario antes citado — no es, en definitiva, el mismo que existía en Roma. El mencionado punto de vista es «idealista» y tiene escasa proyección social y jurídica.

Es evidente que —siguiendo la lógica de la posición antes citada— considerar al precario en el sentido antiguo implica considerarlo como poseedor inmediato, ello significaría que posee en virtud de un título, lo que obviamente sería contrario al texto claro y expreso contenido en la norma positiva, que concibe al precario como aquel que posee sin título alguno.¹⁴

Otros, como Jorge Avendaño, sostienen que la regulación de la posesión precaria coincide con el de la posesión ilegítima.

El Código Civil se refiere a la posesión precaria en el artículo 911 y la define como aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma se refiere a la posesión ilegítima, porque alude expresamente a la

13 GONZÁLES, Gunther. *Tratado de derechos reales*, Lima: Jurista Editores, 2013, 3.^a edición, t. 1, p. 524.

14 LAMA, Héctor. *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Lima: Motivensa, 2012, 2.^a edición, pp. 125-126.

falta de título o en todo caso a su extinción.¹⁵

En líneas generales, el tipo de posesión previsto en nuestro Código Civil que mayor controversia y problemas de aplicación ha generado en nuestro medio, es el de la posesión precaria, no pudiendo ser definida sin confundirla con la posesión ilegítima; y, constituyendo una especie de un cajón de sastre en el que podemos ubicar figuras tan diversas como la del usurpador o la del comprador que toma posesión del bien y con posterioridad ve resuelto o invalidado su contrato.

Más recientemente, el IV Pleno Casatorio Civil ha definido la posesión precaria de la siguiente manera (Reglas Vinculantes 1 y 2):

- a) Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
- b) Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

IV. DEFENSA POSESORIA

La posesión como posición jurídica protegida por el Derecho recibe de éste, valga la redundancia, protección o defensa.

Al respecto, Varsi ha señalado sobre la tutela posesoria: «Es la defensa posesoria. Es el ejercicio del *ius possessionis*».

Todo poseedor, incluso el de mala fe, merece que su posesión sea protegida. Derecho a que se respete su posesión. Como todo derecho, requiere de seguridad.

Así las cosas, todo poseedor tiene derecho a:

- Conservar
- Repeler la agresión
- Expulsar (incluso por la fuerza) al usurpador, a fin de volver a poseer.

La tutela judicial puede ser:

- Judicial
- Extrajudicial

En esa línea de pensamiento, tenemos que nuestra legislación civil regula, tanto la protección posesoria extrajudicial, como la judicial.

En el caso de la primera, nos encontramos ante una situación de hecho,

15 AVENDAÑO, J. y AVENDAÑO, F. *Derechos reales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) Fondo Editorial, 2017, 1.^a edición, p. 38.

por la cual el poseedor, a través de la fuerza, repele una agresión para despojarlo del bien o, incluso, habiendo sido despojado, lo recupera, también utilizando la fuerza.

Por el otro lado, nos encontramos ante la utilización de mecanismos procesales para recuperar la posesión del bien o impedir el despojo del mismo. Ello, a través de las acciones posesorias (desalojo, mejor derecho de posesión) y de los interdictos (de recobrar y retener).

Al respecto, el artículo 921 del Código Civil establece: «Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él».

4.1. Defensa posesoria extrajudicial

Este mecanismo de defensa de la posesión es uno de autotutela o autodefensa, a través del cual, es posible que el poseedor, valiéndose de la fuerza, se imponga a quien pretende despojarlo del bien.

El Código Civil peruano del año 1984 regula este tipo de defensa posesoria en su artículo 920, de la siguiente manera:

El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú, así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.

El actual texto de la norma fue introducido por una modificatoria al citado artículo 920 por el artículo 67 de la Ley n.º 30230.

El texto original era más breve y aunque no tenía la precisión exacta de a qué se refería con la frase «sin intervalo de tiempo» y a que no precisaba que la defensa era contra la violencia ejercida contra el poseedor o contra el bien, creo que, para casos como la defensa posesoria extrajudicial, la anterior regulación era más adecuada.

Digo esto como crítica a los párrafos segundo y cuarto, pues desconocen que la defensa posesoria extrajudicial se constituye en un mecanismo de excepción, a través de hechos concretos de defensa del poseedor, que responde a una agresión utilizando la fuerza; por ello, no es posible en casos concretos de defensa posesoria extrajudicial, que los implicados en el conflicto definan si el poseedor es precario y si ha ejercitado la posesión por diez años.

Asimismo, no será posible determinar ante una agresión y consecuente

defensa del poseedor, si ha operado o no la prescripción adquisitiva del derecho de propiedad, precisamente del poseedor.

Para demostrar lo inconveniente de estos añadidos en la norma, imaginemos el caso de un poseedor con tres o cuatro años de posesión sobre el bien; éste sí podría ser despojado por la persona que aparezca como titular registral del predio, ¿por no haber adquirido por prescripción?

Más allá de que en una defensa de este tipo, no es posible determinar ello; no tendría sentido hablar de defensa posesoria extrajudicial, permitiendo acciones contra poseedores por el solo hecho de no haber adquirido por prescripción.

Más ilógico resulta que el artículo 601 del Código Procesal Civil peruano establezca: «La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento».

Es decir, para acudir a la vía judicial y recuperar su posesión, el poseedor dispondría sólo de un año; no obstante, para acudir a la vía extrajudicial o, de hecho, utilizando la fuerza como resulta obvio, el poseedor dispondría de hasta nueve años, en el caso de la prescripción larga o extraordinaria. Esto no tiene sentido y debe ser corregido.

La misma crítica aplica al momento desde el cual puede operar la recuperación del bien, quince días, desde que el poseedor toma conocimiento del despojo y no desde que éste se produce. Vale decir, si me despojaron hace dos años y alego recién haber tomado conocimiento, ¿puedo recuperar el bien por la fuerza?

Esta salida no me parece razonable, pues debilita, en realidad, la defensa posesoria, en lugar de reforzarla.

4.2. Defensa posesoria judicial

Como lo indica su nombre, en el caso de la defensa posesoria judicial, el poseedor debe acudir ante el órgano jurisdiccional, para proteger su posesión.

Hay que detenernos en un hecho concreto y que no puede ser negado.

La defensa de la posesión viene a ser una defensa posterior a un hecho que ya ha ocurrido ante el que debe responder el afectado.

Veamos, en el caso de un arrendador que al vencimiento del contrato de arrendamiento, pretende recuperar el bien, a lo que se rehúsa su arrendatario.

¿Cuál es la pretensión que ante el órgano jurisdiccional debe utilizar este arrendador?

Otro caso, el de una persona que nunca ha ocupado un bien, y lo compra, inscribiendo incluso su adquisición en los Registros Públicos, pese a conocer que el bien está siendo ocupado por un poseedor, sin que aquel o su vendedor hayan cedido el uso o constituido como poseedor al ocupante.

¿Cuál es la pretensión que ante el órgano jurisdiccional debe utilizar este adquiriente?

Finalmente, cuando el poseedor es despojado del bien, a través de la fuerza y han transcurrido más de 15 días o no cuenta con posibilidades de recuperar el bien por la fuerza.

¿Cuál es la pretensión que ante el órgano jurisdiccional debe utilizar este

poseedor despojado?

Para responder estas preguntas, es necesario detenernos en el único pronunciamiento con fuerza vinculante que al respecto ha emitido la Corte Suprema, precisamente, sobre la demanda de desalojo por posesión precaria.

V. EL IV PLENO CASATORIO CIVIL

Creo que el IV Pleno Casatorio Civil, que establece reglas vinculantes que deben seguir los jueces en los casos de desalojo por posesión precaria que se sometan a su conocimiento, se ha emitido sin tener en cuenta que es necesario responder a las preguntas líneas arriba formuladas; y que precisamente es razón de ser de la jurisprudencia, más aún la vinculante, responder con pertinencia a casos concretos de conflictos jurídicos.

Como ya indiqué, la primera regla vinculante de este Pleno define a la posesión precaria, estableciendo que:

Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

Creo que esta definición es tan genérica que termina siendo, como ya señalé líneas arriba, una especie de cajón de sastre, donde es posible incluir todo.

En los tres casos arriba señalados, sería posible acudir a demandas de desalojo por posesión precaria, lo que no resulta correcto, pues cada acción tiene su razón de ser.

En el primer caso, creo que, más allá de la definición que sobre precario ha efectuado el artículo 911 del Código Civil peruano, hay que acudir a las normas del Código Procesal Civil peruano, para responder a la interrogante planteada.

Al respecto, cuando el artículo 546 del Código Procesal Civil regula, entre otros, que una de las pretensiones que puede plantearse en la vía procedural del proceso sumarísimo es el desalojo, supone la existencia de diversos supuestos para acudir.

- *En el primer caso del contrato de arrendamiento cuyo plazo ha vencido*

Creo que, más allá de la definición que sobre precario ha efectuado la norma sustantiva, hay que acudir a las normas del Código Procesal Civil peruano, para responder a la interrogante planteada.

Al respecto, cuando el artículo 546 del Código Procesal Civil regula, entre otros, que una de las pretensiones que puede plantearse en la vía procedural del proceso sumarísimo, es el desalojo (numeral 4), supone la existencia de diversos supuestos para acudir a reclamar la restitución de un bien.

Esto es tan así que, al establecerse la competencia de los Órganos Jurisdiccionales, se señala en el artículo 547 del Código Procesal:

En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

Asimismo, el artículo 585, segundo párrafo del referido código procesal, establece que:

[...] Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza. [...].

De estas normas es posible deducir que el Código Procesal Civil ha previsto que la demanda de desalojo proceda, cuando hablamos de vencimiento de contrato o de falta de pago, por estas dos causales; y, que estos supuestos para demandar, son distintos al supuesto de desalojo por posesión precaria.

Es decir, existen dos supuestos específicos de desalojo, que no pueden ser negados, ni confundidos, ni entre ellos, ni con otros: el desalojo por vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento y el desalojo por resolución del contrato de arrendamiento, por falta de pago.

Creo incorrecta la posición que permite, indistintamente al arrendador, acudir a la vía del desalojo por estas causales o la del desalojo por precario, más allá de lo que establezca el artículo 911.

Más recientemente, incluso en el Pleno Jurisdiccional Civil, realizado en la ciudad de Chiclayo, en el mes de noviembre de 2007, se ha establecido como conclusión plenaria por mayoría, lo siguiente:

Luego de la publicación del Cuarto Pleno Casatorio Civil, los jueces de paz letrado han quedado impedidos de conocer los procesos de desalojo en los casos de que exista requerimiento de restitución del bien (carta notarial) de parte del arrendador hacia el arrendatario (artículo 1704 CC); toda vez que en todos estos casos éste último ha quedado constituido en poseedor precario, por lo que el Juez competente para conocerlos es el Especializado, quedando impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato, sino únicamente por ocupación precaria.

Creo que esta posición no vinculante, así como el IV Pleno, que sí lo es, tienden a llevar al desorden a las normas del Código Procesal Civil, más allá de las definiciones, siempre perfectibles, de los artículos del Código Civil.

En ese orden de ideas, debemos dirigirnos hacia una clara diferenciación de los dos supuestos de desalojo, relacionados al contrato de arrendamiento, respecto al supuesto de desalojo por posesión precaria, en correcta aplicación de nuestras normas procesales.

- En el segundo caso, del adquiriente de un bien ocupado por un poseedor, a quien, ni aquel ni su vendedor, han constituido en poseedor

El caso del poseedor que ocupa el bien por varios años, independientemente de la forma en la que adquirió su posesión, merece un análisis detallado, desde el punto de vista que este poseedor podría haber adquirido el bien por prescripción, siendo en muchos casos ésta la alegación, al momento de contestarse la demanda de desalojo.

Tanto es así que la regla vinculante 5.6 del IV Pleno ha tenido que establecer lo siguiente:

La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar

el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

Creo que la inclusión de esta regla deja en claro que cuando el demandado en el desalojo presenta acervo probatorio, tendiente a acreditar que habría adquirido el bien por prescripción y surge en el juez la convicción de ello, debe desestimar la demanda de desalojo.

En principio, creo que el desalojo por posesión precaria no debería proceder en estos casos, no obstante y dado que el juez no puede conocer el detalle de los hechos o la verdad, al menos procesal de los mismos, al momento de calificar la demanda, debe proceder, desestimando la demanda de desalojo por posesión precaria, cuando el demandado presente medios probatorios que lleven a formar convicción en el juzgador, respecto a la prescripción adquisitiva del poseedor y, por tanto, respecto a su condición de propietario del bien de la controversia.

Este tipo de discusiones, creo también, son inadecuadas e impertinentes en un proceso de desalojo, donde evidentemente no se discute el derecho de propiedad.

Tan es así que la segunda regla vinculante del IV Pleno ha señalado que:

Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fencimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

- *En el tercer caso, del poseedor despojado por un usurpador*

El caso del poseedor despojado por un usurpador, de ninguna manera debiera llevar a presumir su derecho de acudir a algún supuesto de demanda de desalojo.

En efecto, en el caso que el demandante alegue que se ha producido el despojo, la restitución del bien debe darse a través del interdicto de recobrar, pero de ninguna manera a través del desalojo.

Esta situación debiera llevar al juez a declarar la improcedencia de la demanda de desalojo por posesión precaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 427, numeral 4 del Código Procesal Civil, por no existir conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

Aunque esta salida no ha sido enunciada expresamente por el IV Pleno, sí se ha señalado que:

En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictual, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

Creo que la regla, a efectos de generar orden y certidumbre, debería ser que, en caso de despojo, el accionante debe acudir exclusivamente al interdicto de recobrar.

VI. CONCLUSIONES

- El Código Civil peruano acoge la teoría de la posesión formulada por Sa-

vigny, para la cual no es necesario *animus domini* para ser considerado poseedor y gozar de protección posesoria.

- La posesión es una posición jurídica protegida por el derecho, a la que resulta indiferente la existencia o no de título jurídico que la valide, para gozar de protección posesoria.
- No es posible encontrar diferencias concluyentes entre la posesión ilegítima y la posesión precaria.
- Resulta indispensable que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ordene las acciones posesorias y los interdictos, para generar seguridad jurídica y certidumbre, para que, en ese sentido, se precise con mayor pertinencia la pretensión a utilizar en cada caso concreto en el que se pretenda la restitución de la posesión de un bien, teniendo en cuenta el espíritu y sentido de nuestra norma procesal, así como la naturaleza del proceso sumarísimo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Avendaño, J. y Avendaño, F. *Derechos Reales*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, 1.^a edición.

González, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, 2.^a edición.

González, Gunther. *Tratado de derechos reales*. Lima: Jurista Editores, 2013, 3.^a edición, t.1.

González, Gunther. *La posesión precaria*. Lima: Jurista Editores, 2014, 2.^a edición.

Lama, Héctor. *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Lima: Motivensa, 2012, 2.^a edición.

Lama, Héctor. «Cuarto Pleno Casatorio Civil: La redefinición del desalojo por precario». En *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 2013, n.^o 03, p. 31.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. *Lecciones de Derecho Civil*, 2^o parte, Vol. IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960.

Varsi, E. *Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2018, 1.^a edición, t. 2.

¿Qué son y cómo se aplican los Plenos Casatorios Civiles?

*Fort Ninamancco Córdova**

Sumario: I. Planteamiento de algunas cuestiones fundamentales sobre los Plenos Casatorios Civiles. – II. La doctrina sobre el artículo 400 del Código Procesal Civil. – III. ¿Qué es un Pleno Casatorio Civil, jurisprudencia, precedente o doctrina jurisprudencial? – IV. La dinámica de las decisiones de los tribunales. – V. ¿Son fuente de derecho los PCC? – VI. ¿Cómo se aplican (e interpretan) los Plenos Casatorios Civiles? – VII. ¿Las reglas vinculantes de un PCC se aplican a casos en trámite o sólo a casos nuevos? –

I. PLANTEAMIENTO DE ALGUNAS CUESTIONES FUNDAMENTALES SOBRE LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES

Inicio con una pregunta básica: ¿qué es un Pleno Casatorio Civil? (en adelante, sea para el singular o el plural, utilizaré tan solo las siglas PCC). Pues es posible dar una respuesta sencilla, un PCC es una sentencia dada por las Salas Civiles reunidas de la Corte Suprema, que establece reglas vinculantes u obligatorias para todos los jueces de nuestro país, según lo indica el artículo 400 del Código Procesal Civil (CPC).

A primera vista, puede decirse que, en un PCC, las Salas Civiles de la Corte Suprema indican a todos los jueces del país cómo resolver cierto tipo de casos, debiendo estos obedecer. Es como si los Jueces Supremos Civiles dijeran a todos los jueces peruanos «En adelante, ustedes tendrán que resolver los casos que tengan entre manos, siguiendo las reglas que estamos estableciendo en esta sentencia». Si uno revisa todos los PCC publicados hasta la fecha, encontrará en la parte del fallo, también llamada parte resolutiva, las reglas que obligatoriamente deben seguir los jueces cuando tengan que resolver sus procesos. Sin embargo, aquí surge una primera interrogante fundamental, queda claro que las reglas

* Abogado y magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; abogado y árbitro en controversias comerciales y de contrataciones estatales.

que se encuentra en el fallo de un PCC son obligatorias; pero, ¿son obligatorios o vinculantes también los considerandos o argumentos que utiliza el PCC?, ¿puede decirse que lo único vinculante en el PCC son las reglas mencionadas y nada más?

Ya más adelante analizaré estas cuestiones, que surgen porque el PCC no sólo establece las reglas antedichas, sino que también resuelve un caso concreto, esto es, un recurso de casación en trámite. Así, el PCC es una sentencia en casación como cualquier otra, con la particularidad de que en su fallo establece reglas o preceptos que son de obligatoria aplicación por parte de todos los jueces del país. Paso a transcribir la redacción actual del citado artículo 400, la misma que es producto de la reforma dictada por la Ley n.º 29364, del 28 de mayo del 2009:

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Amable lector, formulemos algunas interrogantes elementales, pero muy importantes:

¿En alguna parte del artículo 400, se dice que los PCC tienen que establecer reglas vinculantes en su parte resolutiva? Pues no, no lo dice. Pero, de inmediato alguien dirá con atino: «bueno, tampoco lo prohíbe». El diseño de los PCC, entonces, es producto de una interpretación que han venido haciendo las Salas Civiles Supremas sobre el artículo 400 del CPC. ¿Ese diseño o forma de hacer PCC puede cambiar entonces? Desde luego que sí, ello depende de la voluntad «política» de los Jueces Supremos. Lo único que indica el artículo 400 es que el PCC tiene que establecer un «precedente judicial vinculante», y sucede que el término «precedente» es ambiguo, teniendo múltiples sentidos, como veremos después.

¿Las reglas vinculantes de los PCC tienen que ser expresas o pueden ser implícitas también?, ¿Las reglas vinculantes de un PCC pueden modificarse («derogarse») de modo tácito por otro PCC, o es que la modificación sólo puede ser expresa?

Estas preguntas, como se comprenderá, están directamente relacionadas con la pregunta sobre los considerandos de los PCC que acabo de hacer líneas arriba. Si me circunscribo sólo a las reglas vinculantes, no va a faltar quien piense que, si la regla vinculante no dice algo de forma explícita, sencillamente ese algo no es vinculante.

Si tratamos a las reglas vinculantes de un PCC como si fueran leyes, estas preguntas quedarían resueltas, pero también otras: ¿Es viable aplicar por ana-

logía las reglas vinculantes de un PCC?, ¿Las reglas de un PCC se aplican a los procesos en trámite o sólo a los procesos nuevos que se inician luego de su publicación? Si un proceso es resuelto con el mismo criterio en ambas instancias de una Corte Superior e, inmediatamente después, se publica un PCC, ¿puede la Corte Suprema declarar nulo todo lo actuado porque tal criterio no se ajusta a las reglas vinculantes del PCC?, ¿Un PCC puede interpretarse de forma restrictiva o extensiva, tal como sucede con una ley cualquiera? Hay que analizar, en consecuencia, si las reglas de un PCC tienen el carácter de fuente del Derecho o no.

Determinar o evaluar el rol que le corresponde a las reglas vinculantes de un PCC en el sistema de fuentes del derecho civil, puede implicar un gran esfuerzo, ya que la teoría de las fuentes del derecho es un tema no poco complejo. Pero acá, mi objetivo es más modesto: se tiene que establecer si cabe equipar a las reglas vinculantes de un PCC con las leyes y hasta qué punto es dable tal equiparación. Y este objetivo modesto resulta ser práctico, porque hacer demasiadas profundizaciones al respecto ha sido calificada como una actividad «poco fructífera».¹ Ya daré más detalles al respecto.

Pero, las cuestiones no se agotan: ¿Es posible entender que el PCC no debería ser una sentencia que resuelva un recurso de casación en trámite, sino tan sólo un documento que contenga sólo las reglas vinculantes debidamente explicadas, de modo semejante a lo que sucede con los Plenos Jurisdiccionales Civiles (a los cuales me referiré en adelante, sea en singular o plural, tan sólo con las siglas PJC)?² ¿Es posible diseñar a los PCC al estilo del precedente norteamericano o inglés? En otras palabras, ¿el artículo 400 del CPC permitiría que los jueces civiles de nuestra Corte Suprema establezcan precedentes como se hace en Inglaterra

1 BANKOWSKI, Zenon y Neil MACCORMICK. *Prólogo*. En: MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 9.

2 En otro lugar me he ocupado de los PJC e hice las siguientes anotaciones: «Según la práctica judicial actual, en un PJC se reúnen un grupo de jueces (cuyo número puede variar dependiendo del tipo de PJC que se esté celebrando) para debatir sobre ciertos temas polémicos que se presentan con frecuencia en la práctica judicial. Entiéndase polémicos como temas en donde los jueces tienen opiniones dispares, de manera que emiten sentencias que, pese a tratar el mismo asunto, tienen sentidos diferentes o hasta contradictorios entre sí [...]. En el seno de un PJC, cada tema se presenta en forma de pregunta y se plantean dos (en pocas ocasiones tres) respuestas que reciben la denominación de ponencias. La comisión de jueces, encargada de la organización, invita a docentes universitarios para que participen impartiendo una conferencia sobre cada uno de los temas, la cual incluye una rueda de preguntas. Una vez reunidos los jueces, escuchan las conferencias y luego se dividen en grupos o mesas de trabajo. Acá los jueces debaten en torno a los temas y proceden a emitir un voto en favor de alguna de las ponencias. Los votos de todas las mesas de trabajo se contabilizan y así se tiene el resultado final, que puede ser un acuerdo adoptado por mayoría o por unanimidad en favor de alguna de las ponencias. Es frecuente que algunos jueces opten por abstenerse. De este modo, en el tema X existen las ponencias Y (primera ponencia) y Z (segunda ponencia). Un resultado podría ser, por ejemplo, 20 votos en favor de la ponencia Y, 10 votos en favor de la ponencia Z y 5 abstenciones. En este ejemplo, en el tema X, habría ganado la ponencia Y por haber obtenido un acuerdo a su favor por mayoría». NINAMANCO CÓRDOVA, Fort. *Manifiesto sobre los Plenos Jurisdiccionales Civiles*. En: AAVV. Los plenos civiles vinculantes de las Cortes Superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 9.

o en Estados Unidos? Y ya que estamos hablando del precedente en el *Common law*, donde es admisible sin mayor problema que un juez se aparte o deje de lado los precedentes, cabe preguntarse también: ¿es posible que un juez se aparte o deje de lado las reglas vinculantes de un PCC? Si se da una respuesta positiva, inmediatamente surgen otras preguntas: ¿cómo y cuándo puede apartarse de dichas reglas?

Quisiera que usted, amable lector o lectora, repare en algo, todas estas cuestiones tienen algo en común. Todas se refieren, de forma más o menos directa, al modo de aplicación de los PCC. Antes de dar respuestas a estas cuestiones, conviene plantear otra pregunta no menos importante que las anteriores: ¿nuestra doctrina se ocupa de estas cuestiones fundamentales? Pues veamos lo que esta doctrina tiene que decirnos.

1.1. La doctrina sobre el artículo 400 del Código Procesal Civil

Varios son los colegas que analizan y comentan los diferentes Plenos Catorios Civiles y sus respectivas reglas vinculantes en particular, tanto en libros, artículos, conferencias y tesis para obtener grados académicos, dando por supuesto que su interlocutor o lector tienen claro el concepto de PCC, cuando este –en realidad– ha sido muy poco estudiado en nuestro medio. Basta recordar lo que ha dicho al respecto el artífice de nuestro Código Procesal Civil:

Cuando se propuso el artículo 400 en su esquema original (1993), había mucha desinformación sobre la materia y debo admitir que esta alcanzaba también al proponente. En él se confundió doctrina jurisprudencial con precedente, por ejemplo.³

Poco después de la reforma del artículo 400, se anotaba que los PCC debían ser entendidos como «sentencias normativas», las cuales «brindan seguridad jurídica y predictibilidad, siendo que esta noción se conoce y consolida a través del principio del stare decisis [...]. Con un sistema de precedentes es de suponer que solamente se presentarán aquellas demandas cuya posibilidad de triunfo sea razonable. Ello generará una curva decreciente en la carga procesal puesto que los jueces tendrán menos casos que resolver [...]. La creación de criterios uniformes de interpretación del Derecho aliviará el trabajo al momento de resolver; puesto que bastará identificar cuál es la línea jurisprudencial que se siguió en casos similares, no siendo necesario entrar a mayores discusiones jurídicas».⁴

En esos mismos días, se señalaba la existencia de poco interés por parte de las autoridades para impulsar la realización de PCC, pese a la existencia de muchos temas donde la jurisprudencia se muestra contradictoria. La reforma, entonces, podría ayudar a resolver este inconveniente, pues es más sencillo convocar sólo a los jueces de las Salas Civiles de la Corte Suprema que, a todos los jueces titulares, cosa que exigía la anterior redacción del artículo 400. Se resalta también

³ MONROY GÁLVEZ, Juan. *La causal de infracción normativa es menos nueva y original de lo que aparenta* (entrevista). En: Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2009, n.º 187, p. 16.

⁴ GUERRA CERRÓN, María Elena. *Casación: ¿se privilegia la aplicación del Derecho o la búsqueda de la justicia?* En Actualidad Jurídica, n.º 187. *Op. cit.*, p. 31.

la prevalencia de la especialidad en la reforma, a efectos de evitar que jueces sin experiencia en materia civil pueden intervenir en la elaboración de los PCC. En seguida, se llama la atención sobre la experiencia penal en materia de precedentes vinculantes, proponiéndose que las Salas Civiles de la Corte Suprema sigan el sendero trazado por sus homólogas en materia penal. La idea es, pues, la generación de más PCC, sin que esto importe privilegiar la cantidad sobre la calidad, pues «no es mejor el sistema judicial por la cantidad abrumadora de precedentes dictados sino por la calidad y oportunidad de ellos».⁵

Luego, se explica que precedente en sentido jurídico, se debe entender como la decisión emitida por determinado órgano con facultades jurisdiccionales que precede y orienta a decisiones judiciales que se emitan en el futuro, de tal manera que sirven de sustento para aquellas decisiones que se presenten en casos similares. De mejor forma lo expresa el profesor Monroy Gálvez: «Entonces, ¿de qué hablamos cuando hablamos de precedente judicial? Es una técnica de argumentación que consiste en extraer un fundamento jurídico de un caso decidido a fin de aplicarlo a un caso similar o idéntico que surja posteriormente». Entonces, debe entenderse que el artículo 400 alude a «decisiones emitidas por autoridad judicial y que sirven de referencia para casos similares que se presenten en el futuro». Después, se reflexiona sobre la factibilidad de apartamiento de las reglas de los PCC. Así, dado que una causal para sustentar el recurso de casación es el «apartamiento inmotivado del precedente judicial» (artículo 386 del Código Procesal Civil), se puede concluir que «los jueces se pueden apartar de los precedentes judiciales que se emitan a partir de la vigencia del artículo 400 del CPC, pero, si lo hacen, deben hacer la justificación (motivación) de su proceder». Esta posibilidad de apartamiento «hace algo débil este precedente, cuya importancia radica en que la decisión emitida por el pleno de los jueces supremos en materia civil vincule a los demás jueces».⁶

Ahora bien, cómo apartarse o desvincularse de las reglas de un PCC. Se responde a este interrogante invocando el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a la cual me referiré en adelante simplemente con las siglas LOPJ), el cual permite apartarse de los precedentes vinculantes de la Corte Suprema, siempre que medie una adecuada motivación. Entonces, surge la duda: ¿cómo desvincularse del precedente? Se responde apelando a la figura del *distinguishing*, la distinción en virtud de la cual el juez debe hacer «una labor de contrastación y análisis detenido del precedente judicial y el caso que se resuelve», a efectos de establecer si hay elementos comunes importantes entre ambos. Si los hay, cabe la desvinculación, de lo contrario, no queda más que acatar el precedente. Se agrega que la desvinculación puede basarse en un «radical cambio de la situación económica, social o tecnológica en la que se produjo el precedente, por lo que ante la conclusión de que el precedente ya no responde a situaciones actuales y

5 HURTADO REYES, Martín. *Ideas preliminares sobre la ley de reforma de la casación civil*. En: Actualidad Jurídica, n.º 187. *Op. cit.*, pp. 40 y 41.

6 HURTADO REYES, Martín. *Op. cit.*, p. 41.

que no resolvería adecuadamente un nuevo conflicto similar de presentarse, correspondería el abandono del precedente judicial. Este puede considerarse como un supuesto de envejecimiento del precedente, contracara de todo precedente». Por último, se advierte que la desvinculación debe ser entendida como una figura netamente excepcional.⁷

Al darse la reforma, varios comentarios se centraron en la convocatoria y conformación del tribunal que emite un PCC, pues ello no habría quedado bien dilucidado con la actual redacción del artículo 400. En este sentido, se advierte que «las preguntas abundan: ¿cuántos y cuáles son esos magistrados supremos civiles que pueden reunirse en pleno? ¿Conformarán ese pleno los actuales magistrados supremos provisionales? ¿Cuál es el quórum mínimo para que haya pleno? ¿Quiénes integrarán ese pleno cuando, tras la disminución de la carga procesal se elimine (finalmente) la sala civil transitoria? ¿Con qué magistrados supremos civiles harán el pleno los de la (ya) única sala suprema civil? Demasiadas preguntas a las que no sé francamente dar respuesta».⁸ De igual forma, se hace notar que «no hay actualmente una definición clara de quiénes conformarían dicho pleno. Se debería entender que en la actualidad ello implica reunir a todos los vocales supremos que conforman la Sala Civil Permanente y Sala Civil Transitoria. Sin embargo, no se precisa si se debe convocar solo a los vocales titulares o también a los suplentes (se deberá entender también que se refiere a ambos). Por otro lado, y como se sabe, la Sala Civil Transitoria deberá ser desactivada (precisamente por ser transitoria). En suma, en un escenario ideal en que solo exista una Sala Suprema Civil y todos sus vocales sean titulares, no tendría mucho sentido hablar de un pleno de los magistrados supremos civiles, pues serían exactamente los mismos jueces que conforman la mencionada Sala Suprema Civil».⁹

En unos muy conocidos comentarios al Código Procesal Civil, cuando aborda el artículo 400, se recuerda primero, con acierto, que un importante sector de la doctrina considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las otras finalidades que pueda tener son secundarias. Después, se dice que la jurisprudencia, aunque no sea vinculante, cumple una función «complementaria» porque puede tener un rol importante ante situaciones no previstas en el Derecho positivo. A continuación, señala que debería aplicarse en el Perú la doctrina del precedente judicial vinculante, en el sentido de que la Corte Suprema debería fijar, en ciertas sentencias, considerandos o fundamentos jurídicos que adquieran la autoridad de una norma cualquiera. Luego, se comenta el énfasis que tuvo la reforma del artículo 400 en la especialidad de la judicatura que emite los PCC. En efecto, el texto original de este artículo indica

7 HURTADO REYES, Martín. *Op. cit.*, p. 42.

8 ARIANO DEHO, Eugenia. *Notas a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil. (Y sobre la reducción de las competencias de la Corte Suprema)*. En: Actualidad Jurídica, n.º 187. *Op. cit.*, p. 21.

9 ZELA VILLEGAS, Aldo. «Comentarios a las recientes modificaciones al Código Procesal Civil». En *Actualidad Jurídica. Op. cit.*, n.º 187, pp. 34 y 35.

que el PCC era suscrito solamente por el pleno de la Corte Suprema, el mismo que está conformado sólo por los jueces supremos titulares. Sin embargo, con la redacción actual del artículo 400, el PCC es suscrito sólo por los jueces supremos de la especialidad civil, al margen de que sean jueces titulares o provisionales. En seguida, se señala que la reunión de los jueces supremos civiles para un PCC afecta el principio del juez natural: «Esto significa que la vista de la causa de una casación puede ser derivada al conocimiento del Pleno Casatorio cuando la Sala Suprema Civil lo promueva, generando con ello la afectación del juez natural y la vulneración del debido proceso, pues dicha causa es desviada de su jurisdicción natural hacia un ente netamente judicial-administrativo como es el Pleno Casatorio, que tiene como razón de ser fijar principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento». Se concluye señalando la escasez de PCC y la necesidad de que se cambie el diseño de estos, pues es mejor llevar adelante Plenos Jurisdiccionales, los cuales estarían libres de los cuestionamientos constitucionales que se hacen a los PCC.¹⁰

En otros comentarios, se dice que el artículo 400 implica una ampliación del panorama del recurso de casación. Antiguamente, éste sólo se entendía como un mecanismo de protección de la adecuada aplicación de la ley; pero hoy, se le considera también como un mecanismo para alcanzar la unificación de la jurisprudencia, de tal manera que la doctrina de los tribunales de casación se equipare a la ley. Se continúa señalando la necesidad de una sistematizada publicidad de las sentencias en casación civiles, pues éstas generan un «efecto vinculante indirecto», que se ve desperdiciado con una desordenada publicación. En cambio, los PCC tienen un efecto vinculante porque obligan a todos los órganos jurisdiccionales del país y son una manifestación del principio de seguridad jurídica, pues ayudan a la predictibilidad del sistema judicial. Esta función es importante, puesto que la falta de predictibilidad es un serio problema en nuestra judicatura, tal como lo ha puesto de manifiesto la Ceriajus en su Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. A continuación, basándose en doctrina constitucional, se afirma que el precedente es una regla que el juez crea, vía interpretación o integración del ordenamiento positivo, para resolver el caso que se le plantea. Si «tiene que» servir para resolver un caso futuro análogo, el precedente es vinculante, si únicamente «podría» servir para ello, el precedente es tan sólo persuasivo.¹¹

Se comenta luego, que el precedente en Estados Unidos resulta más flexible que en Inglaterra, para luego apuntar que el contenido del precedente debe ser razonable, esto es, razonable y justo, ya que, de no ser así, se tendría una justificación para que el juzgador se aparte de él. Se agrega que «un sistema de predictibilidad sustentado en precedentes»: i) genera seguridad jurídica, ii) no

10 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo.* T. I. 4º edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, pp. 852 y ss.

11 RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. *Comentario al artículo 400 del Código Procesal Civil.* En: AAVV. *Código Procesal Civil Comentado.* T. II. Arequipa: Adrus, 2010, pp. 817 y ss.

limita creatividad judicial, iii) ataca la arbitrariedad, pues coadyuva a la igualdad en la aplicación de la ley, iv) brinda celeridad y, v) aumenta la credibilidad de la judicatura. En seguida, se dice también que el precedente ayuda a que el ordenamiento positivo se adapte a los cambios sociales y se reitera las ventajas de la predictibilidad al hacer posible que «las decisiones judiciales sean predecibles y que no tengamos procesos infructuosos en los que ya existen decisiones tomadas sobre dicho tema aminorando la carga procesal y mejorando la imagen de nuestra justicia». En estos comentarios también se resalta la especialidad en la que ha incidido la reforma del artículo 400, a efectos de evitar que en los PCC termine primando el criterio de jueces que no tienen experiencia en la especialidad civil. Los comentarios culminan haciendo énfasis que una mayor cantidad de PCC propiciaría la predictibilidad y la celeridad procesal.¹²

Otro comentario, nada menos que por un ex Juez Supremo, se limita a indicar que los PCC tienen por objeto establecer precedentes judiciales de observancia obligatoria «relativos a la interpretación de normas jurídicas, a la aplicación de normas en determinados casos complejos, a la fijación de normas para dilucidar incertidumbres jurídicas, etcétera», teniendo «conclusiones normativas y fundamentadas, lo que resulta plausible para su fácil manejo por los usuarios».¹³

En comentarios más recientes y extensos, se afirma que los fines clásicos de la casación están sufriendo un cambio, pasando de la unidad y jerarquía de la jurisprudencia hacia la formación de modelo racional del precedente y la justicia del caso concreto. La unidad o unificación de la jurisprudencia, es una finalidad primordial y vinculada al interés público; pero, que se debe entender más que nada en términos espaciales (en un determinado territorio), pues en términos temporales hay una relativización, toda vez que la jurisprudencia no puede quedarse «estancada», sino que debe evolucionar con el paso del tiempo. Sin embargo, luego se advierte un cambio de enfoque, destacándose que la casación también puede y debe servir a intereses individuales propios de un caso concreto, lo que dará lugar a una nueva finalidad de la casación: Construcción racional del precedente, entendido este a la luz de un caso concreto. Ya no se trata tanto de conseguir fallos reiterados, sino de un «seguimiento racional de la jurisprudencia».¹⁴

Se prosigue recordando cómo el enfoque sobre la interpretación judicial fue cambiando, desde aquellos enfoques que entendían que el juez no pasaba de ser un mero aplicador de la ley, en lo que se denomina «teoría fonográfica» del Derecho, pues el juez es un mero reproductor de la ley que carece de todo rol creativo, hasta las más recientes tendencias que consideran innegable tal rol. Se reflexiona, desde un punto de vista bastante general, sobre los eventos econó-

12 *Ibidem*, pp. 820 y ss.

13 CARRIÓN LUGO, Jorge. *Código Procesal Civil*. T. II. Lima: Ediciones Jurídica, 2014, pp. 154 y 155.

14 SUMARIA BENAVENTE, Omar. *Precedente judicial*. En: AAVV. *Código Procesal Civil Comentado*. T. III. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 379-382.

micos, sociales, políticos y hasta culturales que acompañaron a este cambio de enfoque.¹⁵

A continuación, se hacen comentarios más vinculados con el contenido del artículo 400. Se hace referencia al concepto de «doctrina jurisprudencial», aseverando que la misma consiste en la doctrina acogida por los tribunales, que se caracteriza por su trascendencia normativa y reiteración. Pero, este término tiende a confundir labor judicial con labor doctrinaria, por lo que más idóneo sería prescindir de él y quedarse con el término «jurisprudencia vinculante». Se apunta que el término «doctrina legal» no ha tenido éxito, pero debe entenderse como referido a la doctrina que desarrolla la judicatura de casación. Dicho esto, se formulan dos cuestiones: ¿la jurisprudencia puede equipararse a la ley? y ¿cabe establecer jurisprudencia sobre decisiones referidas a temas de forma y no de fondo? La primera cuestión es respondida negativamente, porque se considera que la jurisprudencia sólo debe tener una función interpretativa, a lo sumo integrativa en ocasiones, pero no normativa, porque se «corre el riesgo de una paulatina sustitución de la voluntad legislativa por la voluntad jurisdicente [...]. Ese peligro se acentúa cuando se confiere fuerza obligatoria a la jurisprudencia, porque entonces se subvierte la relación entre ley (de alcance general) y la jurisprudencia cuyos eslabones integrantes surgen frente a casos litigiosos concretos [...] el gran servicio que la jurisprudencia presta a la evolución del Derecho estriba en su flexibilidad, en contraste con la rigidez de la ley [...]. Así, la noción de jurisprudencia se extiende sin la menor dificultad a la que recaiga al resolver el juzgador de casación los recursos por quebrantamiento de forma».¹⁶

Luego se diagnostica que a nivel de PCC, «los resultados no han sido los esperados en la proporción de plenos casatorios y desarrollo de doctrina jurisprudencial y el tiempo de aplicación de este CPC». Ante ello, se propone tener en cuenta algunos conceptos básicos con miras a poder plantear soluciones a la escasez de resultados esperados. Así, se explican los conceptos de «precedente vertical» y «precedente horizontal». Citando a doctrina brasileña, se recuerda que el primer concepto «alude a la fuerza obligatoria natural que tiene el precedente vinculante sobre tribunales inferiores», mientras que el segundo hace referencia «a la vinculación de los órganos del propio tribunal del que proviene el precedente». Sobre este último, se observa que han existido varios proyectos para unificar las Salas de la Corte Suprema en una sola Sala de Casación. Dicho esto, se comenta que el precedente, sea vertical u horizontal, tiene que ser respetado, a menos que se argumenten «motivos y razones suficientes» para no aplicarlo en un caso concreto. Después, se pasan a explicar los conceptos de jurisprudencia indicativa y jurisprudencia de tipo analógica. La primera se concentra «en la definición de conceptos jurídicos», de acuerdo con los cuales se tienen que resolver los casos posteriores. La segunda, en cambio, usa «criterios de analogía fáctica»

15 *Ibidem*, pp. 383-387.

16 *Ibidem*, pp. 388-389.

y se caracteriza por citar «la *ratio decidendi* o subregla de una sentencia anterior como norma jurídica aplicable *prima facie*» a los nuevos casos.¹⁷

Sobre la base de estas explicaciones, se comenta que los PCC no son más que jurisprudencia indicativa que sólo puede aspirar a lograr jurisprudencia uniforme únicamente por medio de la mera unidad conceptual y abstracta. Una genuina teoría del precedente se basa en los aspectos fácticos, de tal manera que se busca establecer una analogía fáctica en los hechos del caso anterior y los hechos del caso nuevo, lo cual se encuentra ausente en nuestros actuales PCC.

Una jurisprudencia indicativa o precedente conceptual o indicativo, si se quiere, «puede convertir al juez en un autómata» que sólo maneja conceptos abstractos y no hechos. Se culmina señalando que si bien pueden existir diversos sistemas de precedentes, se debe empezar, en el Perú, a trabajar en un sistema de precedentes alejado de la mera jurisprudencia indicativa, pues con esta poco se puede hacer para tener más previsibilidad y seguridad jurídica.¹⁸

Por su parte, en un ensayo dedicado a la figura del precedente en materia civil, se parte diciendo que en el pasado se discutía sobre si la jurisprudencia era fuente del derecho o no; pero, con el transcurrir el del tiempo, en Europa, sobre todo, esa discusión se superó, pasando a ser materia del debate el rol de la jurisprudencia en la argumentación jurídica. Se apunta también que, dado el fenómeno de la globalización en el mundo, hay un acercamiento entre los sistemas del *civil law* y *common law*, lo que explica la mayor atención, que en países como el nuestro, se ha venido brindado a la labor de los tribunales. Así, la doctrina ha dejado de estudiar al mero ordenamiento positivo en cuanto tal, sino que también ha ampliado sus horizontes a la aplicación real del ordenamiento, es decir, al estudio de las decisiones judiciales. Es en este punto donde en muchos países del *Civil law* surge «el interés por establecer la obligatoriedad de los precedente jurisprudenciales» para que, en aras de la predictibilidad del Derecho, los casos similares se resuelvan también de similar manera. Sin embargo, se advierte, que la predictibilidad no puede entenderse en términos absolutos, puesto que los criterios jurisprudenciales deben también estar acordes con los cambios sociales, por lo cual «la clave está en lograr el equilibrio entre flexibilidad y la perdurabilidad relativa de los precedentes».¹⁹

Después, se hace un balance sobre los PCC. Por un lado, se dice que son muy pocos frente a la multitud de problemas donde la jurisprudencia se muestra contradictoria y, por otro lado, se afirma que más de un PCC versa sobre asuntos que, en realidad, no se muestran como problemáticos en la práctica judicial. En seguida, se vuelve a insistir en los efectos de la globalización, ahora en el sentido de que las soluciones jurisprudenciales suelen ser uniformes ya no solo a nivel

17 *Ibidem*, pp. 390-391.

18 *Ibidem*, pp. 392-393.

19 ARATA SOLÍS, Moisés. *La jurisprudencia de nuestro tiempo: del precedente persuasivo al precedente vinculante*. En AAVV. Los Plenos Civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 9-11.

de un país, sino a nivel internacional, pese a las diferencias a nivel legislativo que existen entre los diferentes países.²⁰

Se hace notar, sin embargo, que pese a las aproximaciones que pueden existir entre el *civil law* y el *common law*, la labor de los jueces en ambos sistemas aún dista de la equiparación. Mientras los jueces del primer sistema deben fundar sus decisiones principalmente en las normas de la ley, esto sucede en una menor medida con los jueces del segundo sistema. Pero, un elemento en común no puede perderse de vista: En ambos sistemas se tiene claro que la aplicación del Derecho no es una mera actividad silogística, sino más bien argumentativa y justificativa, donde se emplean consideraciones jurídicas y extrajurídicas para adoptar decisiones racionales. En esta labor de argumentación, la jurisprudencia puede tener un rol persuasivo, esto es cuando la jurisprudencia es invocada, para la solución de casos, en base a su sola reiteración. A más reiterada, o consolidada si se quiere, mejor cumplirá la jurisprudencia este rol de persuasión. Ahora bien, este rol puede ser cumplido aún mejor dando un paso más, surgiendo así el concepto de «jurisprudencia vinculante», que se puede entender como decisiones que «pasan a constituir precedentes formal y normativamente vinculantes, precedentes porque tienen la pretensión de ser utilizados en casos futuros, formales porque así han quedado definidos en la ley y normativos porque la decisión que contienen vinculan al propio órgano que los emite (vinculación horizontal) y a todos los órganos inferiores (vinculación vertical)».²¹

A continuación, se cuestiona la pertinencia e idoneidad de la importación del modelo de los precedentes. Es claro que los PCC responden a una «importación jurídica»; pero, cabe preguntarse si el producto importado puede ser, en nuestro país, tan adecuado y exitoso como lo es en su país de origen. Se responde diciendo que es muy difícil que sea así, pues se tratan de realidades muy distintas en un nivel social, económico y cultural. Así, cuando un país importa una disposición, una institución o toda una ley foránea de un país con una realidad muy diferente, suele pasar que la normativa importada no se aplica correctamente o se desnaturaliza. Siendo así, se concluye que sólo un crecimiento socioeconómico sostenido y estructurado puede hacer que la importación del precedente sea fructífera. Se trata, pues, de que el país importador trate de acercar su realidad a la del país exportador, a efectos de que el producto importado funcione de la mejor manera.²²

Luego de esta revisión de nuestra doctrina, se comprenderá que ella contesta en muy poca medida las preguntas planteadas en el primer acápite. Los principales comentarios al artículo 400, la norma fundamental si se quiere hablar de precedentes en materia civil, se detienen sobre todo en aspectos muy genéricos o abstractos. El lícito afirmar, en consecuencia, que el funcionamiento del

20 *Ibidem*, pp. 12 y 13.

21 *Ibidem*, pp. 13 y 14.

22 *Ibidem*, pp. 15-19.

PCC, en cuanto tal, ha recibido muy poca atención en nuestro medio.

¿Por qué esta notable escasez de estudios peruanos sobre el precedente judicial en materia civil?, ¿Por qué se habla tanto de las reglas vinculantes de los PCC, pero se omite un análisis profundo de los PCC en sí mismos? Creo que acá hay una – triste – paradoja: El PCC es una figura que se encuentra prevista en el Código Procesal Civil, pero su aplicación se vincula básicamente al Código Civil. Así, dada su «ubicación legislativa», los civilistas podrían alegar que el estudio de este concepto corresponde, bien vistas las cosas, a los procesalistas. Por otro lado, en razón a su objeto de aplicación, los procesalistas podrían aducir que se trata de un asunto que debe preocupar más a los civilistas. En efecto, los nueve PCC realizados hasta la fecha, sin excepción, tratan principalmente sobre la aplicación de normativa perteneciente al Código Civil. Sin embargo, como lo aprecia nuestra doctrina también, la figura del PCC se vincula directamente a los conceptos de jurisprudencia y precedente judicial, cuyo estudio se corresponde más con la Teoría General del Derecho, más precisamente con las teorías de las fuentes del Derecho²³ y de la argumentación jurídica.²⁴ De modo que, tanto civilistas como procesalistas, podrían justificar la poca atención brindada al concepto contenido en el artículo 400 del Código Procesal Civil, aduciendo que dicha atención debe ser dispensada por los cultores de la Teoría General del Derecho.

II. ¿QUÉ ES UN PLENO CASATORIO CIVIL, JURISPRUDENCIA, PRECEDENTE O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?

Y es precisamente desde un enfoque de la Teoría General del Derecho que, en nuestro medio, se ha pretendido dar respuesta a la pregunta ¿qué es un Pleno Casatorio?

Se empieza resaltado la necesidad de «llamar a cada cosa por su nombre» y se procede a recordar algunos conceptos, asumiendo que estos tienen un solo sentido (o dando a entender que la teoría analítica del Derecho les da un solo sentido):

Norma jurídica es el significado obtenido como resultado de la interpretación textual o metatextual de un documento normativo o de elementos no textuales, a partir de procedimientos discursivos racionales desarrollados por el intérprete que presuponen descripción, adscripción e, inclusive, creación de sentidos.

Fuente del derecho es un acto o hecho normativo del cual pueden extraerse normas jurídicas con vocación de abstracción y generalidad (salvo el caso de la autonomía de la voluntad), siendo que tales actos o hechos pueden ser expresa y taxativamente enunciados por el propio derecho positivo.

²³ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del precedente judicial*. En: Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política. Madrid, julio-diciembre, 2006, n.º 35, pp. 193 y 194.

²⁴ Se destaca que el ámbito de operación de los precedentes, en la práctica judicial de Europa continental (que pertenece al llamado sistema del *Civil law*, tal como sucede con el Perú), es el de la interpretación y justificación de nuevas decisiones, al margen de si la regulación legal impone o no su seguimiento (WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Traducción de IGARTUA SALAVERRÍA, Juan y Francisco EZQUIAGA GANUZAS. Lima: Grijley, 2013, pp. 301 y ss).

Precedente es una norma que se extrae de la interpretación de un acto decisorio adoptado en un caso concreto, a partir de los hechos constatados y de la justificación, que sirve para resolver casos futuros siempre que el material fáctico de estos posea un grado de identidad suficiente respecto del material fáctico del caso pasado.

Jurisprudencia es el conjunto de resoluciones de uno o más tribunales en un contexto histórico dado, que puede tener o no una misma orientación decisoria.

Stare decisis es el efecto vinculante que poseen ciertos precedentes (o, en todo caso, reglas jurisprudenciales) por reconocimiento del ordenamiento jurídico, dependiendo del órgano que haya emitido dicho acto y de su competencia para hacerlo.²⁵

Sobre la base de estos conceptos, se formulan algunas conclusiones:

Precedente equivale a *ratio decidendi*, y puede extraerse de un acto decisorio estatal o no estatal. Precedente judicial alude, así, a un concepto bastante más restringido y preciso: los precedentes adoptados en el contexto de un proceso ante la jurisdicción. *Stare decisis* no es algo propio del ámbito judicial, sino también puede existir en ámbito administrativo e, inclusive, en el contexto societario (piénsese un estatuto que ordena la vinculatoriedad de las decisiones de la junta calificadora en materia de expulsión de socios). Asimismo, *stare decisis* no es propio apenas del precedente: existen reglas jurisprudenciales que no son precedentes que sí tienen fuerza vinculante, como las *súmulas* brasileñas o los *assentos* portugueses. Estos son enunciados normativos expedidos por tribunales supremos, totalmente al margen de cualquier caso concreto. Son prácticamente textos legales. Así, para existir esa vinculación basta que el derecho positivo así lo mande.

Entonces, si percibimos con atención, el pleno casatorio del CPC, tal como es empleado, no equivale a un precedente (no son sinónimos) ni está pensado para crear un sistema de precedentes. Aunque el CPC señale que la sentencia adoptada por el Pleno constituya o varíe un precedente judicial, en la práctica —y aquí el punto central de este breve artículo— dicha sentencia bien podría contener un precedente (solo porque es posible identificar alguna *ratio*); pero, las reglas vinculantes enunciadas por la Corte Suprema en la parte decisoria poco o nada tienen que ver con los hechos e, inclusive, con la motivación de la decisión.

En otras palabras, la Corte Suprema delimita el fragmento vinculante de su sentencia a la usanza de un legislador, esto es, la emisión de un texto normativo con vocación de abstracción y generalidad (en mi opinión, nuestra Corte Suprema no tiene tal competencia, violándose la separación de poderes). Pero, no sólo ello, dicho fragmento casi nunca es *ratio decidendi*, a veces es *obiter dictum* y casi siempre, constituye una regla absolutamente desvinculada del caso concreto decidido.

Estoy de acuerdo con más de una de las afirmaciones que se acaba de citar. No estoy de acuerdo con otras. Sobre todo, creo que se tiene que advertir siempre que no todos los autores están de acuerdo en entender de la misma manera los conceptos de norma, fuente del derecho y jurisprudencia. Además, hay que reiterarlo, estos términos son bastante ambiguos. Es ciertamente legítimo, como lo hace el autor que acabo de citar, adoptar un sentido para las palabras o términos que nos van a servir de base para un discurso. Pero, no podemos caer en el error de pensar que otras adopciones de sentidos que se puedan dar a tales palabras, son equivocadas o inaceptables. No es correcto sugerir o dar a entender que los términos tienen un solo sentido, cuando en realidad son bastante ambiguos.

Ahora bien, para entender de una mejor manera lo que es un Pleno Casato-

25 CAVANI BRAIN, Renzo. ¿Qué es un Pleno Casatorio? Repasando la teoría. En: <http://laley.pe/not/3388/> (Columna de opinión publicada el 14 de julio de 2016).

torio, es necesario examinar un par de conceptos previos con más detalle: Jurisprudencia y precedente judicial.

Como acabo de decir, este examen está lejos de ser sencillo, ya que está plagado de ambigüedad. A nivel local, por ejemplo, se sostiene que el término jurisprudencia tiene dos sentidos.

Al respecto, una atenta doctrina de nuestra región señala que «la palabra jurisprudencia se emplea en tres sentidos: a) como sinónima de ciencia del derecho; b) como conjunto de sentencias o fallos dictados por los jueces u órganos jurisdiccionales; c) como conjunto de sentencias dictadas sobre un mismo punto y orientadas en un mismo sentido».²⁶ Puede hablarse también de un cuarto sentido: Se habla de jurisprudencia de mérito cuando se tiene «una interpretación más o menos uniforme, que dan las instancias de menor jerarquía sobre un mismo punto del derecho».²⁷ pero, un quinto y sexto sentido surgen también: Jurisprudencia como «una resolución de los tribunales sobre un caso determinado» y «jurisprudencia en sentido estricto», la cual se entiende como «las resoluciones que emite el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él».²⁸

En un país como el nuestro, donde nadie niega que el nivel de predictibilidad judicial es críticamente bajo, es evidente que el tercer sentido resulta ser el más importante y, por eso mismo, el que debiera ser más tomado en cuenta en la construcción de los discursos vinculados a los PCC. Un sector importante de la doctrina destaca que la jurisprudencia, en este último sentido, presupone una orientación «consolidada» en el tiempo,²⁹ de manera que es necesaria una clara constancia o «continuidad» en el criterio aplicado, sólo así adquiere sentido el importante concepto de «variación de la jurisprudencia (*revirement de la jurisprudence*)».³⁰ Siendo ello así, un PCC puede ser reputado como jurisprudencia; pero, si se emplea este vocablo en sus dos últimas acepciones mencionadas. Si tomamos en cuenta la acepción más importante de jurisprudencia, pues es claro que el PCC es un instrumento para promover la formación de jurisprudencia desde la máxima instancia judicial del país.

26 MONROY CABRA, Marco. *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 2003, 13.^a edición, pp. 212 y 213

27 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984..* Lima: Grijley, 2011, 3.^a edición, p. 637.

28 RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 10.^a edición, p. 160.

29 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Reimpresión. Milán: Giuffrè, 1990, t. I, p. 84.

30 DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Traducción española de AYASTA GONZALEZ, Julio. Lima: Justo Valenzuela, 1984, 3.^a edición, pp. 39 y 40. Lo mismo puede decirse respecto de la opinión que señala que «aún en los casos en los cuales las resoluciones jurisprudenciales de la Corte Suprema no hayan sido formalmente establecidas como precedente obligatorio, de todas maneras, son utilizadas como argumentos de recta razón por los abogados y los jueces, bajo el principio de que es equitativo resolver de manera similar dos casos similares». RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 165. En efecto, si no existe la referida «continuidad», mal se podría utilizar el principio mencionado por este autor.

Amable lector o lectora, tengamos en cuenta algo fundamental aquí: ¿Muchos PCC nos garantizan, entonces, la formación de jurisprudencia? Desde luego que no. Sería maravilloso que fuese así; pero, por desgracia, no lo es. Los PCC, por sí mismos, poco pueden hacer por la formación de jurisprudencia. Si son poco difundidos, poco estudiados y mal aplicados, pues evidentemente los PCC no formarán jurisprudencia y serán una suerte de convidados de piedra en nuestra práctica legal. Mejor es tener pocos PCC bien estudiados y aplicados, que tener muchos que son poco conocidos y pésimamente aplicados. La fundamentación y argumentación que se emplea en la redacción de un PCC, como veremos, tiene un rol importante; pero, no tan importante como su propia difusión, estudio y aplicación. Un PCC puede ser exquisito en su contenido, pero su poder generador de jurisprudencia será nulo si es que no es difundido, estudiado y adecuadamente aplicado. Por el contrario, un PCC de mediocre fundamentación, puede generar jurisprudencia en caso sea bien difundido, estudiado y aplicado.

De otro lado, el término *precedente judicial* también es ambiguo. Un primer sentido hace referencia a una decisión, o conjunto de decisiones, provenientes de un órgano judicial. Un segundo sentido hace referencia no a una sentencia en su conjunto, sino a una parte de la misma, aquella donde se expresa la *decisión* del caso concreto. Un tercer sentido se refiere a la parte de la sentencia que contiene el fundamento central para la toma de la decisión, esto es la *ratio decidendi*.³¹ En sentido semejante, se dice que precedente, en rigor, «es un caso ya decidido, que actúa como directriz de la decisión del nuevo caso planteado». Pero, se agrega que precedente no sólo puede ser una decisión judicial, sino también «un dictamen, el parecer de un jurisconsulto o el decreto de una autoridad respecto de un supuesto concreto».³² Finalmente, se habla de «regla del precedente», según la cual «un juez tiende a decidir un caso de la misma manera en la que otros jueces han decidido casos similares. No obstante, podemos observar que la fuerza de esta tendencia varía ampliamente».³³

¿Cuál de estos sentidos es el más importante? Pues, a la luz de los PCC, el segundo y el tercer sentido, ¿por qué el segundo? Muy simple, las reglas vinculantes de los PCC constan en la parte resolutiva o fallo de la sentencia, así que tales reglas pueden entenderse como parte de la decisión que se adopta ¿y por qué el tercero? Pues, si usted se fija con atención, amable lector o lectora, casi todos los sentidos giran en torno al tercero. La esencia del precedente es, pues, las razones o argumentos «medulares» o «sustanciales» de una sentencia, que será referencia para la solución de un caso futuro. Además, es obvio que la decisión, en este caso las reglas vinculantes del PCC, sólo pueden explicarse a la luz de

31 CHIASSONI, Pierluigi. «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto». En *Analisi e diritto*. Dirigida por COMANDUCCI, Paolo y Riccardo GUASTINI. Turín: Giappichelli, 2004, pp. 78 y 79.

32 DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3º edición. Barcelona: Ariel, 1999, p. 138.

33 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *El precedente en el derecho inglés*. Traducción de PULIDO, María Anágeca. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 23.

tales razones o argumentos. Si las reglas vinculantes de un PCC dicen una u otra cosa, si acogen una u otra tesis jurídica, es en función a dichas razones, es decir, la *ratio decidendi*. Por consiguiente, cuando en el artículo 400 se habla de «precedente judicial», ello es válido. Es valedero decir que las reglas vinculantes de un PCC son «precedentes judiciales», siempre que se comprenda que se está usando el término «precedente» en su segunda acepción. Lo que no debe olvidarse nunca es que la principal acepción es la tercera.

No obstante, el término *ratio decidendi*, contra lo que pudiera pensarse, también adolece de ambigüedad.

En primer lugar, el término *ratio decidendi* puede designar a la norma jurídica que se emplea para resolver el caso. En segundo lugar, *ratio decidendi* es un término que puede referirse a la interpretación que se hace de la norma jurídica (primordial para la toma de la decisión) en el caso concreto. En tercer lugar, *ratio decidendi* hace referencia a cualquier elemento esencial de la argumentación empleada por el juez para resolver el caso.³⁴ Aquí el segundo sentido es el de uso más generalizado.³⁵ En tal sentido, se afirma que «entre todas las proposiciones de Derecho enunciadas por el juez, únicamente se consideran parte de la *ratio decidendi* aquellas proposiciones que parezcan haber sido consideradas por él como necesarias para su decisión. Lo demás será *obiter dicta*». ³⁶ Qué sentido es el más importante, pues el segundo, dado que lo más importante de la parte considerativa de la sentencia es aquella parte donde constan las razones primordiales o necesarias para la solución del caso concreto.

Así las cosas, es evidente que jurisprudencia y precedente no necesariamente son conceptos idénticos. Tampoco son sinónimos necesarios precedente y *ratio decidendi*. Todo depende del sentido en que sean empleados estos términos. Las reglas vinculantes de un PCC son, como ya se dijo, una porción de la parte decisoria de la sentencia, no son sus fundamentos o argumentos, por ende, tales reglas no pueden calificarse como *ratio decidendi*.

¿Los PCC pueden calificarse como «doctrina jurisprudencial»? La antigua redacción del artículo 400 señalaba que las reglas vinculantes de los PC, tenían la calidad de «doctrina jurisprudencial»; pero, este término ha sido extirpado del Código Procesal Civil por la reforma. No obstante, la doctrina construida sobre la base del artículo VI del Código Procesal Constitucional, entiende que la «doctrina jurisprudencial» se encuentra regulada en este último artículo. Así, se afirma que con el término «doctrina jurisprudencial» se hace «referencia a una pluralidad de sentencias de las cuales se desprendería una interpretación común», a lo cual se alude en el citado artículo VI, cuando dispone la vinculación de los jueces a la interpretación de los preceptos constitucionales que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional³⁷. Es difícil, por tanto, concebir a los

³⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

³⁵ *Ibidem*, p. 81.

³⁶ CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 63.

³⁷ INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. «La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional

PCC como doctrina jurisprudencial, ya que ésta alude a una pluralidad de decisiones en un mismo sentido, mientras que los PCC son decisiones individuales.

Dado que estamos tratando de dilucidar el concepto de PCC, conviene responder ahora dos preguntas planteadas al inicio de este trabajo.

Una pregunta se refería a si era viable entender a los PCC como una suerte de PJCP, de tal manera que sean sólo documentos que contengan las reglas vinculantes debidamente explicadas. Es muy difícil sostener una respuesta afirmativa aquí. Nótese que el artículo 400 refiere que en un PCC interviene un abogado y se da una vista de la causa, lo que forzosamente significa que en un PCC se resuelve un expediente en trámite. En consecuencia, si en un futuro se pretendiera hacer una reestructuración de los PCC, de tal manera que se conviertan en una suerte de PJC obligatorios a nivel nacional, ciertamente se tendría que modificar la redacción del artículo 400.

La otra pregunta se refería a la posibilidad de diseñar nuestros PCC al estilo angloamericano. La respuesta más común es aquella que responde categóricamente en sentido negativo. A nivel local, se dice una y otra vez que el diseño actual de los PCC no tiene nada que ver con el precedente del mundo anglosajón, dando a entender que el artículo 400 está demasiado lejos de ese mundo supuestamente maravilloso. Eso no es tan cierto. Como se acaba de decir, el artículo 400 emplea la muy genérica fórmula de «precedente judicial», por lo que no existe impedimento legal para que nuestros jueces supremos civiles adopten una interpretación angloamericana de esta regulación y traten de implantar el precedente al estilo inglés o norteamericano ¿Sería esto recomendable? La verdad es que no, pese a que muchos dicen que sí, no son pocos los que señalan que lo ideal sería que adoptemos un modelo de precedentes lo más próximo posible al modelo angloamericano, que se centre más en los hechos que en establecer reglas o precisar conceptos. Con todo respeto, me parece que se incurre en una gruesa ligereza cuando se afirma tal cosa.

Como ha puesto de manifiesto un ilustre estudioso del tema, los auténticos sistemas de precedentes del *common law* están lejos de encontrarse en los ordenamientos de Europa continental. Los mecanismos de uniformización de la jurisprudencia que pueden encontrarse en Portugal, España, Francia, Alemania e Italia, se parecen muy poco al sistema de precedentes que existen en Estados Unidos o Inglaterra.³⁸ Y esto es así, no porque todas las comunidades jurídicas de Europa occidental sean torpes o ignorantes de las «grandes ventajas» de un «verdadero sistema de precedentes». La razón es otra: El sistema de precedentes del mundo angloamericano resulta no poco incompatible con la práctica legal del *civil law*. El precedente del mundo anglosajón es una figura cuyo manejo suele

vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho». En *Thémis*. Lima: Asociación Civil Thémis, 2015, n.º 67, pp. 316 y 317.

38 TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas del Civil Law*. En: Ius et Veritas, n.º 45. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 2012, pp. 88 y ss.

presentar no pocas dificultades.³⁹ Si los operadores jurídicos anglosajones pueden tener problemas con el manejo de su precedente, pese a que tienen siglos trabajando con él,⁴⁰ imagínense lo que los operadores jurídicos peruanos podemos padecer si importamos ese mecanismo de la noche a la mañana.

Sucede que gran parte de la doctrina peruana tiene una visión demasiado simplista del precedente en el *common law*. No se suele tener en cuenta, por ejemplo, que los más ilustres estudiosos del precedente en el sistema inglés no se cansan de insistir en la complejidad de este.⁴¹

Extraer la *ratio decidendi* de una decisión judicial es una tarea bastante compleja que implica tener en cuenta, por ejemplo, que el juez que redacta la sentencia tiene una influencia bastante limitada en la configuración final de la *ratio decidendi* de su propia decisión, pues «la labor interpretativa que corresponde a los jueces del futuro en relación a las decisiones pasadas, se considera incluso más importante que la labor desarrollada por el juez del caso anterior».⁴²

Por este motivo, es innegable «la necesidad de interpretar la *ratio decidendi* de un caso a la luz de las sentencias dictadas en otros casos –anteriores y posteriores–⁴³ [...] en la práctica judicial inglesa, cualquiera de las afirmaciones hechas por un juez de manera implícita o explícita en relación con la regla jurídica en la que basa su decisión, necesariamente deben interpretarse a la luz del case law preexistente en el momento en que dicha regla sea estudiada por el juez posterior o por cualquier otro interesado en el asunto».⁴⁴

La dimensión de las dificultades que encierra el sistema de precedentes en el *common law*, se puede advertir teniendo en cuenta también que, en pleno siglo XX, la idea de *ratio decidendi* fue calificada de inútil por prestigiosos autores norteamericanos. Así es, los realistas norteamericanos, encabezados por el célebre magistrado Jerome FRANK,⁴⁵ señalaban que lo central no era lo que los jueces decían en sus sentencias, sino lo que hacían, pues entendían que el juez posterior goza de una importante libertad para establecer la *ratio decidendi* de un caso anterior, de modo que, en la realidad de los hechos, a menudo el juez posterior termina por desconocer lo que sus predecesores han decidido en casos similares. En plena segunda mitad del siglo XX, los profesores británicos Reginald DIAS

39 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 62.

40 El precedente en el Derecho inglés, se fundamenta en la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* dentro de la decisión judicial, la misma que es estudiada por los juristas ingleses desde hace centurias. Estos juristas, por ejemplo, suelen tomar como referencia los periplanteamientos jurisprudenciales del juez John VAUGHAN, quien a mediados del siglo XVII ya esbozaba la diferencia mencionada en sus sentencias (CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 63).

41 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, pp. 61 y ss.

42 *Ibidem*, p. 65.

43 *Ibidem*, p. 67.

44 *Ibidem*, p. 69. Hay que tener en cuenta que «el case law está constituido por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones» (CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 24).

45 *Ibidem*, pp. 72-73.

y Graham HUGHES afirmaban que la determinación de la *ratio decidendi* sólo era factible mediante criterios subjetivos, no mediante criterios objetivos. Así, para estos dos autores, la *ratio decidendi* no es más que un producto de las «preferencias o inclinaciones» personales de los operadores jurídicos.⁴⁶ De hecho, hoy en día existen varias teorías para la determinación de la *ratio decidendi*, pues la opinión dominante en el mundo angloamericano señala que sí existen criterios objetivos para extraer la *ratio decidendi*, pero las opiniones se encuentran divididas en torno al alcance de los mismos.⁴⁷ Por todo ello, se ha aseverado que el trabajo con precedentes es «un arte más que una ciencia».⁴⁸

El sistema de precedentes angloamericano es todo un mundo ajeno a nuestra práctica judicial. Por lo tanto, no cabe duda de que el modelo actual de los PCC es más asequible para los operadores jurídicos nacionales. Sin embargo, esto no debe ser óbice para aceptar una realidad: Nuestros operadores jurídicos no están familiarizados con el trabajo de solucionar casos por medio de jurisprudencia, lo cual tampoco es bueno. Por ello, no hay duda de que serían deseables, para nuestro país, mecanismos de unificación jurisprudencial que sean más apegados a los hechos, es decir que se planteen interpretaciones de la ley en función de los hechos sobre los que se litigan, porque mientras tiendan más a la abstracción nuestros mecanismos de uniformización jurisprudencial, más alejados del mundo real estarán.⁴⁹ Pero, esto no puede implicar tomarse en serio la idea de importar un verdadero sistema de precedentes al estilo angloamericano. Esto último, tal cual, ni siquiera se lo han planteado los sistemas jurídicos más prominentes del *Civil Law*, como Alemania.⁵⁰

III. LA DINÁMICA DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Una prestigiosa doctrina alemana enseña que las decisiones de los tribunales se deben valorar o analizar a la luz de su situación en el momento actual, sin otorgar relevancia esencial a la configuración que hubiera podido tener en un momento perteneciente al pasado,⁵¹ por lo que si se quiere sostener que un criterio jurisprudencial ha sido dejado de lado, el factor tiempo es importante, de modo que tendría que haber transcurrido un lapso importante sin que se emplee,

46 *Ibidem*, p. 73.

47 *Ibidem*, pp. 75 y ss.

48 FINE, Toni M. *Stare Decisis y la naturaleza obligatoria de los precedentes en los Estados Unidos de América*. En: AAVV. El valor de la jurisprudencia como fuente creadora de Derecho. Traducción de BERNAL CANO, Natalia. Madrid: Dykinson – European Research Center of Comparative Law, 2012, p. 112.

49 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, pp. 94 y 95.

50 MORAL SORIANO, Leonor. *Op. cit.*, pp. 191 y ss.; y TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 94.

51 LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción española de IZQUIERDO Y MACÍAS PICAVEA, Miguel. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 16: «La jurisprudencia, dado que sus resultados ponen de manifiesto el Derecho fácticamente vigente en el momento actual [...]» (el resaltado es agregado).

para considerarlo sin mayor «fuerza».⁵² Recuérdese que exactamente lo mismo sucede en el *common law*, cuando se señala que las decisiones de los Jueces deben interpretarse a la luz del *case law* existente al momento de resolver un caso.⁵³

Esto tiene una relevancia práctica enorme, la cual explico con un simple ejemplo. Si tomamos, por ejemplo, el I PCC, el cual ya casi tiene diez años de publicado. Pensemos en lo siguiente, supongamos que durante sus primeros ocho años, las reglas vinculantes del I PCC fueron interpretadas y aplicadas por los tribunales de forma X; pero, en los últimos dos años, esto cambió y se interpreta y aplica de la forma Y. El juez de hoy que tenga un caso, ¿qué forma de interpretación es la que debe considerar? Pues, en principio, el juez debe tener en cuenta la forma Y, pues la forma X ya se encontraría superada o abandonada. No debe entenderse, en modo alguno que el juez puede, sin más, elegir libremente entre la forma X o la forma Y. Ahora bien, he dicho «en principio», porque, como veremos más adelante, el juez puede apartarse de las reglas vinculantes del PCC, siempre que motive adecuadamente, por lo que se comprende fácilmente que si el juez hace la motivación que corresponde, puede emplear la forma X y dejar de lado la forma Y, aunque esta última sea la «vigente». El cumplimiento idóneo de esta tarea sería mucho más fácil si las sentencias donde se aplican los PCC fueran publicadas en un boletín específico, puesto que la forma de publicación actual de sentencias hace que ello sea bastante tedioso o complicado. Las sentencias de las cortes superiores no se publican en ninguna parte y las sentencias en casación se publican en bloque, sin seguir ningún criterio de clasificación que brinde facilidades a los interesados en conocer los criterios jurisprudenciales civiles de nuestro Tribunal Supremo. Es, pues, bastante difícil identificar y evaluar la evolución de los modos de aplicación de los PCC.

De otro lado, tampoco se tiene que pensar que no tiene mayor importancia conocer los criterios manejados por los tribunales en caso de que éstos no guarden armonía, como sucede en el Perú. Todo lo contrario, que la comunidad jurídica conozca y analice críticamente el criterio de los tribunales en estos casos es requisito *sine qua non* para lograr alcanzar una jurisprudencia predecible y saludable. Al respecto, se ha dicho que «es inadmisible sostener que para que quede formada la norma jurisprudencial es necesario que concurran un cierto número de ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, porque ello puede servir, y de hecho sirve, para que los magistrados, sin principios éticos o sin capacidad para desempeñarse como tales, den soluciones diferentes a casos iguales, lo que es lo mismo que subastar la justicia al mejor postor con desmedro de la seguridad jurídica que es pilar fundamental sobre el que se edifica el Estado constitucional de derecho»⁵⁴. Y es que la fuerza de un criterio jurisprudencial estriba en la idoneidad de sus apreciaciones interpretativas, de ninguna manera en la mera

⁵² NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 2^{da} edición, 12^{va} reimpresión. Buenos Aires, 2003, p. 294.

⁵³ CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁴ Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Introducción al Derecho*. 4^{ta} edición. Lima: Idemsia, 2011, p. 447.

cantidad de decisiones que la acogen.⁵⁵

Si bien no puede discutirse la importancia de alcanzar una jurisprudencia predecible, también lo es el hecho que no puede soslayarse la necesidad de que ella posea solidez en sus fundamentos. Una jurisprudencia uniforme y constante, pero carente de sólido sustento, es lo mismo que nada. En el ámbito del *common law*, es opinión general que las decisiones judiciales con poca o escasa fundamentación tienen una exigua autoridad, tan es así que ni siquiera se publican en los *Law Reports* (Repertorios de Jurisprudencia).⁵⁶ Ya luego volveré sobre este punto.

Ahora bien, una homogeneidad a todo nivel en el criterio de los tribunales es prácticamente imposible, una hermosa utopía. Y esto porque es legítimo que los jueces discrepen entre sí en sus interpretaciones, es inevitable que esto suela ocurrir, puesto que las normas pueden tener más de un significado luego de un válido proceso interpretativo, ya que –tal como ocurre en el lenguaje común– en el lenguaje jurídico «el significado de las oraciones está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el ordenamiento sintáctico de ellas. En muchas ocasiones las palabras usadas en una oración plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, y en otras el vínculo sintáctico entre los términos de la oración da lugar a equívocos».⁵⁷ Por ende, no puede negarse que es «solamente un positivismo pop el que nos has querido hacer creer que la ley tenía una y sólo una interpretación posible; y que de ello dependía la seguridad jurídica. Sin embargo, este planteamiento ingenuo se destruye con un simple experimento de introspección que muchas veces planteo a mis alumnos y que cualquiera puede repetir por su cuenta, haciéndose la siguiente pregunta: ¿el derecho sería el mismo en la hipótesis de que, sin cambiar norma alguna, se substituyera simplemente a todos los jueces y abogados del país por juristas egresados de la Universidad de Moscú durante el periodo marxista de Rusia? Muchas veces a mis clientes les he preguntado también si en ese caso tendrían la misma confianza para invertir en el país. La respuesta que recibo es generalmente la misma: no habría confianza para invertir porque, a pesar de que las leyes no habrían cambiado, el derecho efectivo sería distinto porque esas leyes serían aplicadas con otra mentalidad. De lo que se deduce que toda ley puede ser interpretada de diferentes maneras».⁵⁸ Así, se entiende que la jurisprudencia implique una «operación compleja» consistente en identificar la norma aplicable al caso y

55 Karl LARENZ. *Op. cit.* p. 14.

56 Rupert Cross y J. W. HARRIS. *op. cit.* p. 70.

57 NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 259.

58 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La muerte del legislador*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º 89. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto de 1997, pp. 852 y 853. Esto, por consiguiente, «basta para descalificar la concepción tradicional sobre la actividad judicial, originada en la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana, que caracteriza la tarea de los jueces como consistente en la aplicación mecánica de ciertas reglas a determinados casos, sin que los jueces tengan la posibilidad- ni la función- de efectuar una reelaboración de tales reglas» (NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 295).

el significado de la misma.⁵⁹

Otro tanto sucede con los precedentes en el *common law*, cuando los jueces aplican los precedentes, estos pueden ser materia de múltiples interpretaciones. La identificación de la *ratio decidendi* es, pues, una tarea lejos de ser simple, como ya expliqué líneas arriba. Tan es así que se ha dicho que «podría parecer imposible esbozar una fórmula para determinar la *ratio decidendi* de un caso».⁶⁰ Es más complejo aplicar un precedente en el *common law* que aplicar una ley en el *civil law*, puesto que «interpretar un caso puede implicar: primero, determinar su *ratio decidendi*; segundo, hacer un examen de la *ratio decidendi* a la luz de los hechos del caso; tercero, examinar las observaciones que los jueces han hecho en casos posteriores en relación con el caso analizado; cuarto, determinar cuáles fueron las *rations decidendi* de los casos posteriores, y quinto, plantear la formulación de la regla de derecho subyacente en estos casos».⁶¹

Estos caracteres de las decisiones de los tribunales, como se comprenderá, dan lugar a serios inconvenientes. Veamos cómo grafica ello un reputado autor brasileño:

En cierta ocasión, tuvimos oportunidad de asistir al juicio de un asunto ante una de las Salas civiles de nuestro Tribunal acompañando a un cliente que tenía exactamente dos cuestiones con diversas partes oponentes, pero con iguales supuestos de hecho. Los juicios se llevaron a cabo con siete u ocho días de diferencia y mientras una tesis jurídica fue consagrada en una Sala, en la otra triunfaba la opuesta. Es fácil imaginar el descontento y la perplejidad del cliente al comprobar que ante una misma situación de hecho, ante pruebas de igual alcance y con textos legales absolutamente idénticos, había sido posible llegar a consecuencias opuestas.⁶²

Sin embargo, estas complejidades no deben hacernos olvidar la necesidad de reforzar el carácter predecible de las decisiones judiciales. La uniformidad jurisprudencial total no será posible nunca, pero alcanzar un grado importante de ella sí que es factible. Así que, las complejidades o dificultades descritas no podrán ser superadas del todo, pero sí en parte. Renunciar a este éxito parcial, pero valioso, no puede ser una opción para los hombres y mujeres de Derecho. Al respecto, se ha anotado que «cuando los ciudadanos y entidades que operan dentro de un Estado aprecian que las cortes otorgan un tratamiento similar a las partes que se encuentran en una situación semejante, se desarrolla un nivel de confianza en ese sistema que no puede presentarse de otra manera [...]. Si las normas jurídicas son expresadas formalmente de una manera constante y aplicadas de forma inconsistente, el sistema deja la impresión de inestabilidad, cambio constante y arbitrariedad».⁶³

Es verdad que el ordenamiento positivo, en el *civil law*, tiene por objetivo que la sociedad obtenga racionalidad, igualdad y la previsibilidad. Pero, sucede

59 GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato*. 2^{da} edición. Padua: Cedam, 2002, p. 31.

60 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 96.

61 *Ibidem*, p. 97.

62 REALE, Miguel. *Introducción al derecho*. Traducción española de BRUFAU PRATS, Jaime. Madrid: Pirámide, 1984, 6.^a edición, p. 132.

63 FINE, Toni M. *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

que la actividad judicial puede coadyuvar grandemente en el logro de estos objetivos, utilizando mecanismos de unificación jurisprudencial, por lo que resultaría un craso error cruzarse de brazos y confiar tan solo en el ordenamiento para acercarnos lo más posible a dicho objetivo. No se trata, en definitiva, de eliminar la incertezza del derecho, puesto que la discrecionalidad judicial, al momento de interpretar una ley o un precedente, no puede desaparecer del todo. De lo que se trata, entonces, es de reducir tal discrecionalidad, en aras de acercarnos lo más posible al mencionado objetivo.⁶⁴

Hace unos años, en nuestro medio, destacada doctrina ha puesto énfasis en la necesidad de reforzar el carácter predecible de las decisiones judiciales, pese a su desacuerdo en torno al lugar que a la jurisprudencia le corresponde en el sistema de fuentes del derecho patrio.

Así es, un autor resalta que «es imposible que jueces honestos y probos, en uno y otro sistema del derecho, resuelvan casos semejantes en forma diferente [...] La reforma del sistema de justicia debe empezar por crear una justicia predecible. Esta es la madre de toda reforma judicial en el Perú. ¿Qué justificaría duplicar el presupuesto del Poder Judicial o del Ministerio Público si seguimos con una justicia impredecible como consecuencia de la solución de casos semejantes en forma diferente?, ¿qué beneficios lograría el país informatizando con tecnología punta al Poder Judicial, al Ministerio Público y a los otros órganos del sistema de justicia, si se va a continuar resolviendo cuestiones de hecho idénticas con distintas respuestas jurídicas?».⁶⁵ Mientras tanto, otro autor afirma que «el precedente judicial es la expresión judicial del principio de igualdad por el cual casos similares deben ser resueltos de modo uniforme [...] el precedente judicial ha servido y sirve de fundamento para casos futuros en todos los sistemas jurídicos y desde distintas épocas, siempre que, por supuesto, se presente analogía».⁶⁶

Es fácil comprobar, entonces, que resulta inaceptable renunciar a la –nada fácil, como se puede apreciar– tarea de construir una jurisprudencia predecible. Es más, como autorizadamente ha sido resaltado, la predictibilidad puede dar fortaleza y autonomía al cuerpo judicial, ya que –incluso en sistemas donde la jurisprudencia no tiene el rol más importante– es capaz de conferir, en el plano de los hechos, una importante autoridad a las decisiones judiciales.⁶⁷

En este contexto, es lícito afirmar que las reglas vinculantes de los PCC pueden dar lugar a interpretaciones y aplicaciones dispares por parte de los operadores jurídicos, puesto que no pueden en modo alguno generar una uni-

64 ZANETI JR, Hermes. *El valor vinculante de los precedentes. Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes*. Traducción de CAVANI BRAIN, Renzo; MEZA RÍOS, María y Francisco ESCAJADILLO CHIMAYCO. Lima: Raguel, 2015, pp. 468-471.

65 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Jurisprudencia y las fuentes del derecho*. En diario oficial *El Peruano*, 20.11.2007, p. 15.

66 MONROY GALVEZ, Juan. «El derecho en broma y en serio». En *Jurídica*, n.º 176. Suplemento de Análisis Legal del diario oficial *El Peruano*. 11.12.2007, p. 5.

67 TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 54.

formidad total en la jurisprudencia con respecto al tema que intentan dilucidar. Empero, sí tienen la capacidad, o potencial si se quiere, de generar un grado importante de uniformidad. De igual manera, no se puede aceptar que se deje de lado a los PCC, sólo porque tienen defectos. No hay mecanismo de uniformización jurisprudencial que sea perfecto, de modo que si los PCC tienen deficiencias, ello no puede ser motivo para dejar de explotar el potencial que tienen. No estamos para desperdiciar los pocos mecanismos que tenemos para ordenar nuestra caótica jurisprudencia. Decir que los PCC no merecen mayor atención porque tienen defectos o problemas, es un lujo que de ninguna manera podemos darnos los peruanos.

IV. ¿SON FUENTE DE DERECHO LOS PCC?

Acá, es menester hacer referencia a un debate que tuvo lugar hace unos años en el medio local, entre los profesores Aníbal Torres Vásquez y Juan Monroy Gálvez, en torno a la jurisprudencia como fuente del derecho. Torres dijo que la «jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La jurisprudencia no es fuente directa, sino indirecta del derecho».⁶⁸ Esta afirmación fue refutada, aseverándose que «la jurisprudencia tiene un valor autónomo y no complementario. Ella es fuente de derecho. Que el producto de la actuación judicial sea fuente de derecho genera confusión debido a que es en el proceso donde se manifiestan todas las fuentes del derecho, en tanto proveen al juez normas jurídicas para resolver un caso».⁶⁹ Torres replicó sosteniendo que «en el Civil law hay un sistema de fuentes (ley, costumbre y principios generales, salvo algunas ramas que admiten como única fuente a la ley) que permiten concebir al ordenamiento jurídico como una plenitud que obliga al juez a pronunciarse sobre toda cuestión sometida a su decisión; que son muy variadas las opiniones sobre la jurisprudencia, para unos ordenamientos es fuente para otros no, pero cómo negar que se forma por la doctrina sentada por los tribunales al aplicar la ley, la costumbre o los principios generales del derecho [...]».⁷⁰

La crítica de Monroy, cómo es fácil notarlo, considera que asignar un rol «complementario» a la jurisprudencia, implica minusvalorarla. Por eso, se empeña en resaltar que ella tiene un «valor autónomo». Prefiero asumir una posición que se podría catalogar de ecléctica, resaltando las coincidencias que se pueden advertir en este interesante (y ácido) debate. Estoy convencido de que Torres no minusvalora el rol de la jurisprudencia, y por eso no creo que sea apropiado emplear el término «complementario» para definir su rol en el sistema de fuentes. Nótese como Torres se centra en la jurisprudencia para analizar el tema de la reforma de la justicia en el Perú. De otro lado, cuando Monroy confiere «valor

68 TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Jurisprudencia y las fuentes del Derecho*. Op. cit., p. 15.

69 MONROY GÁLVEZ, Juan. *El Derecho en broma y en serio*. Op. cit., p. 4.

70 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. En: www.otorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html

autónomo» a la jurisprudencia, surge la siguiente interrogante: ¿es la jurisprudencia «autónoma» frente a la legislación? Tengo la convicción de que sería injusto sostener que Monroy ha pretendido afirmar que la jurisprudencia tiene plena independencia frente a la legislación, como si los jueces pudieran sobreponerse a la ley de forma plena. De hecho, Monroy anota que «sólo los productos de algunas fuentes tienen fuerza vinculante, lo que convierte a éstas en fuentes primarias. Precisamente, la consideración de cuáles son las fuentes de derecho primarias determina una clara diferencia entre el Civil Law y el Common Law. En el primero, solo la ley es fuente de derecho primaria en tanto su producto, la norma jurídica, es vinculante; en cambio, en el segundo son vinculantes la norma jurídica y el precedente judicial, productos de dos fuentes primarias, la ley y la jurisprudencia, respectivamente [...] jamás en el Common Law un precedente aplica o deroga una ley».⁷¹ Es obvio que Monroy no sostiene dicha plena independencia y, por eso mismo, tampoco creo apropiado emplear el término «autonomía» para la jurisprudencia, ya que puede dar lugar a malos entendidos.

Y justo de eso voy a hablar ahora, de malos entendidos. El debate sobre si las decisiones de los tribunales, en nuestro caso los PCC, son fuente del Derecho o no, está plagado de malos entendidos y ambigüedad terminológica, de manera que el debate muchas veces no pasa de ser de meras etiquetas. Dos reconocidos juristas europeos han puesto de manifiesto la siguiente circunstancia.

Un acreditado autor francés dice lo siguiente:

Saber si la jurisprudencia es fuente de derecho es un asunto muy controvertido. Para ciertos autores, la jurisprudencia, es decir, el conjunto de decisiones emitidas por los jueces en los litigios de su conocimiento, posee una autoridad considerable, pero las decisiones proferidas frente a un caso específico no constituyen reglas de derecho; los tribunales interpretan y aplican reglas de derecho, pero no las crean.

Para otros autores, la jurisprudencia sería una fuente de derecho en la misma forma que lo son la ley y la costumbre; más allá de la decisión del juez frente a un caso particular, habría una verdadera creación de una regla general y abstracta.

¿Por qué hay controversia frente a si la jurisprudencia es o no fuente de derecho? Porque parece que el conjunto de textos, se oponen radicalmente a la creación de una regla de derecho general y abstracta por parte de los tribunales constituidos para aplicar el derecho y no para crearlo. Aquí no se trata de decir, como para el contrato, que la jurisprudencia no es una fuente de derecho, ya que la decisión judicial solo concierne a personas determinadas, las partes en el proceso. En realidad, se trata de saber si el juez está ligado por su propia decisión judicial hacia el futuro; ¿cuando la Corte de Casación, por ejemplo, ha decidido de cierta forma un litigio, debe pronunciarse hacia el futuro de la misma forma? ¿Acaso y sobre todo, las jurisprudencias menores están ligadas por las decisiones emitidas por la Corte de Casación? ¿En otras palabras, esa decisión les resulta obligatoria?⁷²

Nótese que la fuerza de la tesis que niega el carácter de fuente de derecho a la jurisprudencia, se fundamenta principalmente en los textos legales franceses. Es decir que, si los textos legales establecieran que los tribunales pueden

71 MONROY GÁLVEZ, Juan. *El Derecho en broma y en serio*. Op. cit., p. 5.

72 LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción de DÍAZ PERILLA, Viviana. Bogotá: Legis, 2008, pp. 179-181.

establecer ciertas reglas jurídicas generales y abstractas, no habría mayor discusión al respecto, quedando esta tesis «sin piso». Pero, eso no es todo, también es relevante notar que lo central no es si los tribunales pueden equiparse de algún modo a los legisladores o no, sino que lo realmente importante es determinar si las decisiones de los tribunales pueden tener alguna fuerza obligatoria para otros tribunales de igual o inferior jerarquía. Si tal fuerza obligatoria justifica que se asigne la «etiqueta» de fuente de derecho a las decisiones judiciales, parece ya una discusión de menor trascendencia. Y es que, como ya se dijo, el término «fuente de derecho» es también harto polémico.

En efecto, un prominente jurista italiano enseña que la «vetusta» cuestión de «si los jueces crean Derecho» presupone tomar posición sobre diversos temas densos, ya que los términos implicados —«jueces», «crear» y «Derecho»— no tienen un significado unívoco.⁷³ Sin embargo, este maestro enseña que si se quiere responder a la cuestión con respecto a un específico ordenamiento jurídico, en teoría son posibles los siguientes escenarios: i) Todos los jueces, o solo algunos, están autorizados por una norma jurídica positiva, a expedir decisiones que califiquen como fuentes formales del derecho; y, ii) La norma no autoriza, sino que directamente atribuye a las decisiones jurisdiccionales una eficacia *erga omnes* similar a las leyes.⁷⁴

Obsérvese que para el autor italiano es perfectamente viable que una ley, es decir una norma jurídica positiva, autorice a los jueces de una Suprema Corte a expedir, en ciertos casos, reglas de Derecho de carácter general y abstracto en sus sentencias. Si en un ordenamiento jurídico ocurre esto, no hay ninguna «desnaturalización» del sistema de fuentes ni nada parecido. Si la ley hace que algunas decisiones judiciales «estén provistas de una eficacia general, *erga omnes*» es un asunto que depende del sistema legal de cada país y que «no genera especiales problemas teóricos»⁷⁵.

Éste es precisamente el caso del modo actual de los PCC y la interpretación que se maneja en la Corte Suprema desde que se empezó a dar cumplimiento al artículo 400. En los PCC se establecen reglas vinculantes u obligatorias, que tienen la pretensión de ser generales y abstractas, tanto para la propia Corte Suprema como para el resto de los jueces del país. No debemos hacernos problemas y aceptar que los PCC tienen la calidad de fuente de Derecho, lo cual —como se acaba de explicar— es perfectamente viable en un plano de teoría general del derecho.

Siendo así, estoy profundamente en desacuerdo con quienes señalan que los PCC violentan el principio del juez natural o el principio de separación de poderes.

Con respecto al primer principio, debe decirse que la seguridad jurídica

⁷³ GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Traducción de MORENO MORE, César y Luis CÁRDENAS RODRÍGUEZ. Lima: Raguel, 2016, p. 559.

⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, pp. 560 y 561.

⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, pp. 561 y 562.

justifica, sobradamente, una limitación o restricción a la jurisdicción predeterminada por ley. La vida y la libertad, valores preciosos, se encuentran bastante limitados en normas constitucionales y legales, pues con mucha mayor razón se deben aceptar límites a un principio procesal como lo es el del juez natural. Además, los PCC no constituyen más que una limitación de baja intensidad, puesto que los jueces de la Sala Suprema Civil originalmente competente para resolver el recurso de casación, también participan en la expedición del PCC. No se trata, por consiguiente, de un cambio brusco o total del órgano jurisdiccional prede terminado por ley para el conocimiento de la causa, sino tan solamente de un cambio parcial. Un simple principio procesal, para poner las cosas en términos de ponderación, no puede «pesar más» que la urgente necesidad social de predictibilidad y seguridad judicial. No podemos desechar a los PCC por el simple hecho de que limitan o restringen en cierta medida a la jurisdicción pre establecida por ley.⁷⁶

Con respecto al segundo principio, la separación de poderes no se puede seguir entendiendo de manera decimonónica, absoluta. Bien se sabe que el poder legislativo efectúa actos de administración de justicia como, por ejemplo, cuando se sancionan congresistas o se vacan autoridades. De igual forma, el Poder Ejecutivo puede tener órganos que administran justicia como, por ejemplo, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos o el Tribunal Fiscal. De igual forma, pues, es admisible que el Poder Judicial pueda emitir reglas vinculantes en los PCC, a efectos de generar uniformidad en las decisiones judiciales. Si los jueces peruanos se encuentran capacitados para controlar la labor del Congreso, por medio del control difuso, pues con mucha mayor razón puede aceptarse que las Salas Civiles de la Corte Suprema «puedan decidir con fuerza obligatoria sobre todos los miembros del Poder Judicial».⁷⁷

A mayor abundamiento, es conveniente tener presente que no sólo en el Perú la máxima instancia judicial está facultada para expedir reglas obligatorias de carácter general y abstracto para todos los magistrados del país. Como ya advertí más arriba, una situación similar se presenta en otros países sudamericanos y en Europa occidental, de tal manera que «en el civil law el precedente no existe; o al menos no existe el precedente de tipo original, precedente de tipo angloamericano⁷⁸ [...]. Hay otras cosas que llamamos, pero de manera incorrecta en mi opinión, precedentes».⁷⁹

El gran país de nuestra región, Brasil, tiene las conocidas «súmulas vinculantes» como mecanismo de unificación jurisprudencial. Pues le comento, amable lector o lectora, que las súmulas cariocas se parecen demasiado a nuestros PJC y a las reglas vinculantes de nuestros PCC. En efecto, la súmula es descrita

⁷⁶ En sentido semejante: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obligatorios*. Traducción de DELGADO SUÁREZ, Christian. Lima: Palestra, 2013, p. 246.

⁷⁷ Así: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, pp. 238 y 239.

⁷⁸ Michele TARUFFO. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 92.

como «una manifestación que hace el Tribunal Supremo luego de una reunión de sus jueces, una declaración que los jueces alcanzan por votación. Los jueces del Supremo votan en los casos en los que hay un conflicto entre la jurisprudencia que interpreta una regla de un código. A fin de eliminar el conflicto, la divergencia entre los tribunales inferiores, el Supremo dice: desde este momento en adelante la interpretación que decimos es correcta de esta ley es la interpretación “A” y no la interpretación “B” [...] dice vamos interpretarlo de esta forma y esto es vinculante. Si hay una decisión de un juez que no aplica puntualmente lo expresado en esta súmula, la decisión es inválida». ⁸⁰

Cosa muy similar ocurre en España, donde existe la figura denominada «Acuerdo», que tiene gran semejanza con la súmula brasileña. Se la define como «una declaración muy larga, en donde el Supremo precisa su interpretación de una norma [...] es una declaración del Supremo que dice: bueno, vamos a resolver este problema interpretativo de esta manera». ⁸¹

En Italia las cosas no cambian tanto, aquí se encuentra la figura de las «Máximas», que se entienden como «enunciados de principio, enunciados que interpretan reglas de ley y que se publican de manera autónoma. Hay colecciones de máximas [...] es como una súmula de tipo brasileño, es decir, 4 o 5 líneas en las que se dice: el artículo del Código Civil dice “esto” y punto. La sola diferencia es que aquí la corte decidió un caso específico, pero sin juzgar sobre los hechos, mientras que en el caso español y brasileño no se decide sobre un caso específico, pero el resultado final, el medio, son cuatro o cinco líneas de forma y contenido general y abstracto sin referencia alguna a los hechos». ⁸²

En Alemania, las decisiones de la Corte Constitucional tienen valor vinculante para todos los jueces del país. En opinión de la profesora Ellen Schlüchter, este «valor vinculante» debe ser entendido como equivalente a «fuerza de ley», tal como sucede con las específicas decisiones de dicha corte en materia de inconstitucionalidad de las leyes. Los Tribunales Federales de Alemania, por su parte, expiden decisiones con carácter vinculante, puesto que, si los tribunales inferiores se apartan de sus «criterios», cabe interponer el recurso de casación. Sin embargo, definitivamente las decisiones de la Corte Constitucional tienen un alcance mayor a las decisiones de los Tribunales Federales, si se quiere puede decirse que estos están vinculados por los criterios interpretativos de aquél. ⁸³

Por último, en Francia, las decisiones de la Corte Casación no tienen fuerza vinculante en un plano formal, es decir, que no hay normativa escrita que señale que el Tribunal Supremo de este país pueda establecer directrices o criterios vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales. Al respecto, se comenta que

⁸⁰ *Ibidem*, p. 92.

⁸¹ *Ibidem*, p. 93.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ MORAL SORIANO, Leonor. *Op. cit.*, pp. 196 y ss.; y Jorge PALOMARES GARCÍA. *El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán*. En: *Via Inveniendi et Iudicandi*. Vol. 10. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2015, pp. 42 y ss.

«la decisión judicial solo tiene valor obligatorio en el proceso en que fue emitida, y no podría imponerse en el futuro para asuntos similares que fueran juzgados, por la misma jurisdicción o por otras [...] el juez no está tampoco ligado hacia el futuro frente a la regla que pudo eventualmente haber creado, de lo cual se desprendería que la regla jurisprudencial no tendría vocación general e impersonal [...]. En Francia, de acuerdo con los textos que no hacen que las decisiones sea obligatorias sino dentro del marco de un proceso determinado, es lógico que el precedente esté desprovisto de valor jurídico».⁸⁴ Sin embargo, se advierte que lo que se acaba de decir no puede tomarse en términos absolutos, puesto que la experiencia jurídica francesa demuestra que solo relativamente las decisiones judiciales carecen de fuerza obligatoria para el futuro.⁸⁵ Así es, los operadores jurídicos franceses tienen claro que las consideraciones jurídicas o fundamentos de derecho («motivos de derecho») de las sentencias, de la Corte de Casación sobre todo, deben concebirse como «válidos para todos los asuntos del mismo género, éstos están llamados a tener un contenido general y abstracto y a ir más allá de simples casos concretos».⁸⁶ Por tanto, si bien no hay texto legislativo que establezca que los criterios jurisprudenciales (a nivel de fundamentos de derecho) de la Corte de Casación son vinculantes, desde un plano «fáctico» sí lo son, puesto que los franceses son bien conscientes de que si no fuese así, «la certeza en cuanto al conocimiento de la regla y la seguridad en las relaciones sociales, serían ilusorias».⁸⁷ De este modo, si un tribunal inferior expide una decisión que trasgreda los criterios de la Corte de Casación, «tiene alta probabilidad de ser casada», razón por la cual, en los hechos se aprecia que los tribunales inferiores no hacen sino aplicar los criterios casatorios, siendo infrecuente que ocurra lo contrario.⁸⁸ Por ello, los operadores jurídicos trabajan constantemente con jurisprudencia, pues es opinión común entre los juristas galos que muchas instituciones necesitan estudiarse a la luz de los criterios recientes de la Corte de Casación.⁸⁹ Así las cosas, se entiende que se afirme que los criterios de la Corte de Casación francesa tienen una verdadera «lógica normativa», puesto que si bien la Corte de Casación no puede «imponer» sus soluciones a los tribunales inferiores por razones de «autoridad», sí termina imponiéndose por razones de «convicción». Y es que, en la práctica, las decisiones de la Corte de Casación tienen una auténtica «vocación» de generalidad, que las constituye en un referente para todos los tribunales de ese país.⁹⁰

Los peruanos debiéramos percarnos de que es un tremendo error pensar

84 Christian LARROUMET. *Op. cit.*, pp. 185 y 186.

85 *Ibidem*, p. 186.

86 *Ibidem*, p. 189.

87 *Ibidem*, p. 193.

88 *Ibidem*, p. 194.

89 *Ibidem*, pp. 192 y 193.

90 CADIET, Loïc. *El sistema de la casación francesa* (colloquio). Traducción de GASCÓN INCHAUSTI, Fernando y Clara FERNÁNDEZ CARRÓN. Valencia: Universidad de Valencia, 2008, p. 5.

que un mecanismo de uniformización jurisprudencial no sirve si tiene poco parecido con el sistema de precedentes angloamericano. No es ocioso recalcar que en Sudamérica y en Europa occidental, existen mecanismos de unificación de criterios judiciales que son similares a nuestros PCC y PJC. Así como en el Perú la Corte Suprema puede emitir reglas generales y abstractas que obliguen a los órganos jurisdiccionales de instancia, así también sucede en otras importantes latitudes adscritas al *civil law*. Es verdad que en Francia ocurre algo diferente, pues no hay una normativa legislativa que confiera carácter vinculante a reglas expedidas por la Corte de Casación, pero de ninguna manera podemos tomar esta experiencia francesa como base para inutilizar a nuestros PCC. La realidad judicial francesa es demasiado distinta a la peruana: Ya se dijo que en el Perú tenemos poca costumbre de usar jurisprudencia para el trabajo jurídico, pues absolutamente lo contrario sucede en Francia. No podemos, pues, importar «alegremente» el discurso francés para analizar la utilidad de nuestros PCC.

¿Y cómo se expiden las reglas vinculantes de los PCC? Pues, es momento de dar respuesta a las interrogantes de aquel sector de nuestra doctrina que se preocupaba por la conformación del tribunal encargado de expedir los PCC, pues el artículo 400 no daría respuesta a este asunto. Pienso, sin embargo, que las preocupaciones no están justificadas del todo, ya que se puede acudir sin problemas a lo dispuesto en el artículo 134 de la LOPJ, que señala:

La vista de la causa sólo se suspende por no conformarse Sala. En tal caso, ese mismo día, el presidente dispone una nueva designación para que dicha vista se lleve a cabo dentro de los cinco días hábiles siguientes. Incurre en responsabilidad el Magistrado que sin causa justificada ocasiona la suspensión de la vista.

Este precepto se encuentra en el capítulo II de la Sección Tercera de la LOPJ, que regula la «tramitación de los procesos en la Corte Suprema y en las Cortes Superiores», o sea, que es aplicable a la tramitación de un PCC en la Corte Suprema. Por su parte, el artículo 400 dice que el tribunal que expide el PCC está conformado por «los magistrados supremos civiles». Es obvio que no puede tomarse en serio la posibilidad de entender que el artículo 400 se refiere tan sólo a los jueces supremos civiles titulares, puesto que, si así fuese, el PCC sería expedido por dos o tres jueces nada más, ya que las Salas Supremas Civiles suelen estar integradas en gran parte por jueces supremos provisionales. Tampoco es aceptable considerar que el artículo 400 alude únicamente a los jueces de la Sala Civil Permanente, puesto que en la Sala Civil Transitoria siempre habrá jueces supremos titulares. Así las cosas, sólo hay una alternativa razonable: El PCC debe ser expedidos por los jueces de ambas salas supremas civiles. ¿Y el quórum mínimo para tener el tribunal listo? Pues, considerando el citado artículo 134, es obvio que ambas salas supremas civiles deben intervenir debidamente conformadas para la realización de la vista de la causa correspondiente, por tanto, la vista debe suspenderse si falta un solo juez supremo de alguna de las salas. ¿Y qué sucederá si se desactiva la Sala Civil Transitoria? A decir verdad, amable lector o lectora, esa pregunta me parece una amarga burla para los litigantes. La sobrecarga procesal hace que tal desactivación sea otra cosa que un sueño. Pero, ¿qué sucedería si este sueño se hiciera realidad? Pues muy simple, sólo intervendrían los cinco

jueces supremos de la única Sala Civil, no veo razón alguna que impida considerar que la reunión de todos los integrantes de un tribunal colegiado merezca también el calificativo de «plenio».

V. CÓMO SE APLICAN (E INTERPRETAN) LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES

En este último apartado abordaré algunas cuestiones fundamentales relativas a la aplicación de las reglas vinculantes de los PCC al momento de resolver casos concretos. Lo central aquí son dos cosas: el carácter vinculante de los considerandos de un PCC y la posibilidad de que un juez se aparte (o desobedezca si se quiere) de las reglas vinculantes de un PCC.

La primera cuestión, valgan verdades, no puede más que admitir una respuesta positiva, aunque casi nadie, por no decir nadie, la haya abordado en nuestro medio. Hoy en día es imposible sostener seriamente que los considerandos o fundamentos de una decisión judicial son irrelevantes y solo importa el fallo. Si así fuese, el deber constitucional de la debida motivación carecería de sentido.

Un ilustre estudioso italiano de la interpretación jurídica enseña que caen en un grave error aquellas posturas que, en el loable intento de mantener la interpretación jurídica entre los confines que excluyen el arbitrio, han intentado aproximar el oficio del juez al del psicólogo o historiador. Dichas posturas entienden que la actividad interpretativa busca la hipotética y más verosímil respuesta que el legislador hubiese dado para la decisión concreta, de modo semejante a como si del carácter de una personalidad histórica, manifestándose en su línea de conducta, se infiriese, por así decir, la decisión o posición que ella hubiese tomado frente a ciertas situaciones de hecho. Esta perspectiva, empero, es errada, semejante interpretación psicológica entra al campo de la fantasía, en el terreno de los escritores de novelas o dramaturgos.⁹¹ Esto implica que los jueces supremos, al momento de resolver un problema interpretativo del Código Civil en un PCC, de ninguna forma debieran pretender descubrir la «voluntad del legislador de 1984» o «lo que el legislador de 1984 hubiera dicho» ante el problema que se trata de dilucidar en el PCC. Nada de excesos subjetivistas.

En lo que a la interpretación de sentencias se refiere, el maestro italiano afirma que las consideraciones anteriores también son aplicables. Así, criticando a Vittorio Denti, afirma categóricamente que la tarea del intérprete en modo alguno es reconstruir lo que fue la *mens iudicis*, sino el sentido preceptivo de la decisión judicial plasmada en la sentencia, la *mens* en ella objetivada.⁹² Para esto, es de primera importancia entender que la sentencia necesariamente se interpreta de una manera integral o «global». Esto no es más que una específica manifestación del denominado «canon de la totalidad o coherencia», según el cual las

91 BETTI, Emilio. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción de DE LOS MOZOS, José Luis. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 45.

92 BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 326.

partes, no pueden ser entendidas al margen del todo.⁹³ Para tal efecto, se deben tener en cuenta los dos fundamentales elementos estructurales de la sentencia –la motivación (en la que se manifiesta principalmente el momento lógico) y la disposición (en la que se acentúa el momento preceptivo de la declaración jurisdiccional)–, los cuales se examinan en su correlación teleológica, correlación que es una verdadera *síntesis*. Por consiguiente, en la sentencia no existe una disposición sin motivo, ni motivo sin disposición, sino la fusión de uno y otro. Hay que apuntar, pues, a captar el sentido unitario del discurso entero contenido en la sentencia y a entender la totalidad del pensamiento que en él se desarrolla.⁹⁴

Para decirlo sin ambages, en la interpretación de un PCC poco o nada importa la voluntad o la intención que hayan tenidos los magistrados supremos civiles que hayan intervenido. Indagar sobre el pensamiento o ideas personales de cada uno o de un grupo de ellos es algo con una importancia bastante accesoria. Al interpretar el PCC, hay que estar a lo que efectivamente consta en todo su texto, sin entrar en especulaciones o consideraciones subjetivistas, las cuales sobran, nos guste o no. Ahora bien, hago énfasis al decir que el PCC debe interpretarse tomando en cuenta todo su texto, pues como enseña Emilio Betti, la interpretación de una sentencia debe ser global o integral. Siendo así, es fácil comprender que en nuestro medio se suela cometer un gran error: se estudian las reglas vinculantes de los PCC en sí mismas, como si fueran independientes o ajenos al resto de la sentencia. Es más, como ya vimos, más de uno achaca a las reglas vinculantes de los PCC ser meramente generales y abstractas, pero ajenas a los hechos del caso. Una idea semejante resulta incomprensible si se tiene en cuenta el canon interpretativo de la totalidad. Las reglas vinculantes son parte de la sentencia, así que se deben interpretar tomando en cuenta sus considerandos jurídicos y fácticos, un modo contrario de interpretación es simplemente inviable.

En consecuencia, mal se hace en basar la totalidad de la interpretación en un solo elemento del discurso, de modo que la colocación textual de ciertas proposiciones en la sentencia es por sí sola irrelevante.⁹⁵ No se puede perder de vista, tampoco, que en la sentencia se pueden hallar atribuciones de significado a las normas en su dimensión abstracta y general, no únicamente interpretaciones enfocadas sólo en el caso concreto.⁹⁶

Sobre esto último, si bien hay que tener en cuenta la totalidad de la sentencia, no es menos cierto que en su motivación o fundamentación habrá elementos claves, neurálgicos para la toma de la decisión. Habrá, pues, elementos en el discurso (el PCC en este caso) que son más importantes que otros, elementos que

⁹³ Con este canon se hace presente la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso, como de toda manifestación de pensamiento y su común referencia al todo del que forman parte: Correlación y referencia que hacen posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y sus elementos constitutivos (BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 34).

⁹⁴ BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 328.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 330.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 332 y 333.

son más importantes para decidir el caso concreto (las interpretaciones enfocadas en el caso concreto) y elementos que son más importantes para el establecimiento de las reglas vinculantes (las atribuciones de significado a las normas en su dimensión abstracta y general).

Hay, pues, que tener claros algunos criterios para poder identificar la *ratio decidendi* de un PCC.

a) ¿Cómo identificar la *ratio decidendi* de un PCC?

Convengamos antes de continuar, amable lector o lectora, en que la *ratio decidendi* siempre será una consideración o idea de carácter jurídico, será un planteamiento de derecho, no de hecho. La «carnecita», como dicen los más chicos, de una decisión judicial siempre tiene carácter jurídico. Si una decisión servirá de base para una decisión futura, pues es el criterio jurídico empleado en ella lo que se buscará. Ya se dijo esto más arriba, pero conviene recalcarlo.

Y no sólo eso, sino que también es menester subrayar que en el *common law* y en el *civil law* se concibe de la misma forma a la *ratio decidendi*.

En efecto, en Inglaterra se ha dicho que la *ratio decidendi* es un *status* reservado solamente para pronunciamientos de derecho, lo que constituye el precedente.⁹⁷ En Francia, se ha afirmado que las «motivaciones de hecho» son cambiantes y variables, en tanto que «los motivos de derecho» ostentan una validez que puede ser general y abstracta, con un alcance que va más allá de los simples casos concretos.⁹⁸

Siendo ello así, no debería ser difícil de aceptar que los métodos de identificación de la *ratio decidendi* que se emplean en el *common law* pueden ser un referente importante para los operadores del *civil law*. Si en Inglaterra y Francia, teniendo grandes diferencias en este tema, se entiende de forma muy parecida a la *ratio decidendi*, la manera de buscar a ésta en las decisiones judiciales tiene que ser también semejante. Los PCC, que están más cerca de un modelo británico que de un modelo galo, pueden ser más fáciles de entender apelando a dichos métodos. Así que a continuación, voy a exponer algunos aspectos básicos de los métodos de identificación de la *ratio decidendi* que más éxito han tenido en el mundo angloamericano desde fines del siglo XIX hasta el siglo XX.

- El método de Eugene WAMBAUGH

En 1891, el profesor norteamericano Eugene Wambaugh, propuso un «test inverso» que ganaría gran fama hasta la actualidad:

Primero enmarquen cuidadosamente la proposición jurídica que supuestamente constituye la ratio. Posteriormente introduzcan en dicha proposición una palabra que invierta su significado, y pregúntense si, de haber formulado, aceptado y teniendo en cuenta esta nueva proposición, el tribunal habría tomado la misma decisión. Si la respuesta es afirmativa, entonces, sin importar cuan excelente pudiese ser la proposición original, deberá concluirse que el caso analizado no es un precedente para dicha proposición, pero si la respuesta es negativa,

⁹⁷ CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 62.

⁹⁸ LARROUMET, Christian. *Op. cit.*, p. 189.

el caso sí puede considerarse un precedente para la proposición original y probablemente también para otras proposiciones. Lo anterior significa que, cuando el caso verse sobre una única cuestión de Derecho, necesariamente la proposición o doctrina jurídica, la razón de la decisión, la *ratio decidendi*, debe ser una regla de carácter general en ausencia de la cual el caso habría sido decidido de otra manera.⁹⁹

Si una proposición, según el test, no constituye *ratio decidendi*, será entonces un mero *obiter dictum*. La *ratio* será aquella proposición jurídica (no fáctica) que el juez considera indispensable para su decisión. Los límites de la utilidad del test son advertidos por su propio autor, puesto que, si el caso versa sobre dos o más cuestiones jurídicas, este método no es aplicable. Además, Wambaugh no llega brindar elementos de juicio para efectuar el enmarque de la proposición que supuestamente podría ser la *ratio decidendi*. No obstante, se admite que este método es infalible para la identificación de los *obiters dicta*.¹⁰⁰

- El método de Arthur GOODHART

En los años treinta, Arthur Goodhart, neoyorkino que fuera profesor de la Universidad de Oxford, postuló que la determinación de la *ratio decidendi* de un caso, presupone establecer cuáles fueron los hechos considerados como relevantes por el juez, ya que la *ratio decidendi* es el principio que se deriva de la decisión tomada por el juez sobre la base de estos hechos. Así, el caso posterior no se solucionará conforme al precedente si existen diferencias fácticas «relevantes» entre ambos. A diferencia del método anterior, éste se centra en los hechos de la decisión judicial que se analiza.¹⁰¹

El método de Goodhart se caracteriza por insistir en que la *ratio decidendi* sólo puede encontrarse tomando en cuenta los hechos que el juez considera relevantes y la decisión adoptada por el juez basándose en tales hechos.¹⁰² Si en la sentencia no se hace distinción alguna entre los hechos relevantes y no relevantes, hay que considerar a todos los hechos, salvo aquellos que sea «ostensiblemente irrelevantes». ¹⁰³

Las grandes ventajas para quien desea determinar la *ratio decidendi* de los PCC son: i) Suelen tener como eje central la dilucidación de un solo problema jurídico, tan es así que todos los PCC publicados hasta hoy versan sobre un solo dispositivo legal; y ii) Grandes extensiones de los PCC tienen un evidente rol secundario, por no decir intrascendente, puesto que guardan poca o nula relación con los hechos del caso o con las reglas vinculantes que se establecen. Al final, dejados de lado estos sectores o fragmentos del PCC, queda bastante poco texto por analizar.

99 WAMBAUGH, Christian. *Study of cases*. 2º edición. Citado por CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 62.

100 GOODHART, Arthur. *Essays on Jurisprudence and the Common Law*. Citado por CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 79.

101 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, p. 87.

102 *Ibidem*, p. 89.

103 *Ibidem*, p. 92.

Empero, hay que detenerse en dos cuestiones importantes. ¿Qué sucede si el PCC contiene voto en discordia o votos singulares?, ¿el contenido del voto en discordia puede ser tomado en cuenta para determinar la *ratio decidendi* del PCC?, ¿el contenido del voto singular puede ser tomado en cuenta para determinar la *ratio decidendi* del PCC? En otras palabras: ¿debemos entender a las reglas vinculantes de los PCC, en función del contenido de los votos en discordia y de los votos singulares?

Con relación a los votos en discordia, el asunto no debería admitir mayores discusiones: el contenido de los votos en discordia no es relevante. La discordia es la negación misma de la decisión que finalmente se adopta, así que poco o nada tiene que ver con la decisión del caso concreto y con las reglas vinculantes que se establezcan. Que el contenido del voto en discordia pueda servir de base para apartamientos futuros, eso es un asunto muy diverso. Pero, tal voto poca o ninguna influencia tiene en la interpretación de las reglas vinculantes que se establecen en el PCC. Creo que el resultado de la aplicación del método de Wambaugh o del método de Goodhart a un voto en discordia es obvio: Nada tiene que ver con la *ratio decidendi* de la sentencia.

El caso del voto singular es más complicado. El artículo 146 de la LOPJ entiende que el voto singular es aquel que «*no considera suficientes los fundamentos de resolución o discrepa de ellos pero no de su sentido*». Hay, pues, dos tipos de voto singular: Uno que va dirigido a reforzar los argumentos de la resolución y otro que niega tales argumentos, pero no la conclusión.

Aquí hay que hacer un alto a efectos de simplificar el análisis del problema lo más posible. Supongamos que un PCC es el resultado de ocho votos contra dos en discordia. De esos ocho votos, dos son votos singulares ¿Qué opina usted, amable lector o lectora?, ¿Considera que tales votos singulares tienen influencia en la decisión y en la interpretación de las reglas vinculantes? Yo pienso que no. Se me puede refutar diciendo que la decisión, al fin y al cabo, está basada en ocho votos, así que hay que considerar el contenido de los votos singulares al momento de interpretar y aplicar las reglas vinculantes del PCC, de lo contrario se negaría la real estructura de la sentencia. Por mi parte, apelo, en la medida de lo posible, al método de Wambaugh y al método de Goodhart, así como a lo que dispone nuestro artículo 400.

En efecto, si los dos votos singulares fueran en discordia, o sea si tuvieran un contenido contrario a lo que tienen, ¿la decisión final se vería afectada? Pues no, ya que con seis votos («mayoría absoluta») se tiene la decisión generadora de las reglas vinculantes. Ergo, podemos «jugar libremente» con el contenido de los votos singulares, pero la decisión será la misma gracias a los otros seis votos. Recuérdese que el método de Wambaugh es infalible para detectar *obiter dicta*: Si negamos el contenido de todo el voto singular, hasta incluso transformarlos en discordias como ya dije, el resultado final no se altera. O sea que, en este caso hipotético, los votos singulares no pueden ser tomados en cuenta.

Hay que reconocer que no sucede lo mismo si el resultado de un PCC fuera seis votos contra cuatro en discordia, siendo que uno de los seis votos es singular. El razonamiento anterior no aplica. Si se altera el contenido del voto singular, la

decisión misma podría desaparecer, pues con cinco votos no hay resolución. Y eso no es todo: ¿Se imagina, amable lector o lectora, que un futuro PCC aborde un tema muy delicado o polémico y se puedan advertir varios y diferentes votos singulares?, ¿Cómo identificar la *ratio decidendi* en casos como estos? La cosa se complicaría más todavía.

En el *common law* se acepta que las decisiones judiciales pueden tener más de dos *ratiōnes decidendi*. Esto ocurre cuando podemos interpretar que la sentencia, aunque pudiese haber llegado a la misma conclusión por cualquiera de dos o más fundamentos, resulta que se basó en todos de forma simultánea. En estos casos, se considera que el juez bien puede elegir entre cualquiera de estas *ratiōnes* para afrontar casos futuros, pero no puede rechazarlas como si se tratase de meros *obiters*. Se advierte también que el problema de si una determinada proposición jurídica es o no *ratio decidendi* depende del «lenguaje utilizado por el juez» (o sea, una cuestión de interpretación del contenido de la sentencia), y cuya respuesta cierta no saldrá a la luz hasta que otro juez o tribunal tenga que resolver casos futuros aplicando la sentencia con múltiples *ratios*, pues es frecuente que proposiciones que se consideran *ratios* en un primer momento, terminen siendo consideradas como meros *obiters dicta* en casos posteriores.¹⁰⁴ En efecto, puede suceder que el voto singular, en realidad, poco o nada aporte al debate de fondo, constituyendo un mero *obiter dicta*.

Sólo podemos plantearnos la posibilidad de que el voto singular sea una segunda *ratio decindī* si es que es determinante para la formación de resolución y su fundamento sea diferente al voto en mayoría. Si su fundamento solo refuerza los argumentos del voto en mayoría, creo que sería muy forzado apreciar una *ratio* diferente en el voto singular. Fuera de estos casos, cuando el voto singular se encuentra frente a un voto en mayoría de seis o más, sencillamente no puede contener una *ratio*. El voto en discordia, como veremos, a lo más puede proporcionar insumos para apartamientos o distinciones, de ninguna manera puede ser un referente para interpretar las reglas vinculantes que se instauren.

b) ¿Cómo apartarse de las reglas vinculantes de un PCC?

- El apartamiento del precedente en la doctrina nacional

Poca atención ha brindado nuestra doctrina al tema del apartamiento, pese a su enorme relevancia. Sobre el particular, algunas consideraciones muy amplias que ha manejado una parte de nuestra ya se dejaron anotadas al inicio del presente trabajo. Hace poco, un grupo de autores ha tratado de ocuparse del tema, a propósito de una decisión judicial que no aplica el V PCC a un caso de comunidades campesinas. Valgan verdades, tal decisión no constituye un caso de apartamiento, sino de distinción o *distinguishing*, puesto que el V PCC está diseñado para ser aplicado al cuestionamiento de acuerdos adoptados en el seno de una asociación, no está diseñado para cuestionar acuerdos comunales.

104 *Ibidem*, pp. 107-109.

El apartamiento genuino se configura cuando un órgano jurisdiccional inferior desobedece las reglas establecidas por el tribunal superior. Un juez, viéndose en la necesidad de seguir un precedente vinculante, no lo sigue. En el caso peruano, un juez de primera o segunda instancia no sigue las reglas vinculantes de un PCC, aunque las mismas resulten plenamente aplicables a un caso concreto. De eso se trata.

Un primer autor pareciera confundir el apartamiento propiamente dicho con la figura de la distinción y con la figura del *overruling*, dado que cuando hace referencia a las «técnicas para apartarse de un precedente vinculante», hace mención tan sólo a estas dos figuras.¹⁰⁵ ¿La distinción y el *overruling* tienen algo que ver con el supuesto de apartamiento genuino? No.

Un segundo autor, procede exactamente del mismo modo, cuando explica el apartamiento del precedente sólo en base al *overruling* y al *distinguishing*. Sin embargo, aquí la cosa es comprensible, puesto que el autor advierte la limitación de su estudio al *distinguishing* en el propio título.¹⁰⁶

Un tercer autor hace un recuento interesante de los mecanismos que existen en el *common law* para apartarse de un precedente, centrándose más en el *distinguishing* y sus variantes. Sugiere que el apartamiento de la jurisprudencia vinculante debe ser entendido como «excepcional y basado en motivos suficientes y razonables».¹⁰⁷ Empero, el análisis de este autor no llega a ocuparse de nuestra normativa sobre los PCC.

Del apartamiento genuino de las reglas vinculantes de un PCC sí se ocupa un destacado magistrado y profesor civilista arequipeño, Francisco Carreón. Empieza señalando que el artículo 386.2 del Código Procesal Civil, sí permite dicho apartamiento, siempre y cuando «sea debidamente motivado». En seguida, llama la atención sobre el fundamento 63 del IX Pleno Casatorio Civil, el cual directamente se ocupa de la inaplicación de los precedentes, pero tan solo aludiendo al *distinguishing* y al *overruling*.¹⁰⁸ Acá debe quedar claro que los PCC no se ocupan del apartamiento, pero no es necesario que lo hagan, pues el Código Procesal Civil le da cobijo expresamente.

¿Pero, cómo entender esa «debida motivación» para el apartamiento? Poco o nada se ha dicho en nuestra doctrina sobre el particular. En algunos casos, los autores simplemente no abordan la cuestión,¹⁰⁹ en otros casos, se limitan a sólo

105 ORTEGA LÓPEZ, Iván. *Las técnicas evolutivas del precedente vinculante. A propósito del apartamiento del V Pleno Casatorio Civil*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 49. Lima: Gaceta Jurídica, julio de 2017, pp. 25 y 26.

106 RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. *La inaplicación del V Pleno Casatorio Civil: técnicas para distinguir un precedente*. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Op. cit., n.º 49, pp. 44-48.

107 SUMARIA BENAVENTE, Omar. *El precedente ¿vinculante? Técnicas de flexibilización del precedente judicial*. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 49. Op. cit., p. 55.

108 CARREÓN ROMERO, Francisco. *El apartamiento del precedente civil desde la jurisprudencia casatoria*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 49. Op. cit., p. 15.

109 CARRIÓN LUGO, Jorge. *Código Procesal Civil*. Op. cit., t. II, pp. 108 y 109; QUIROGA LEÓN, Aníbal y Omar SUMARIA BENAVENTE. *Comentarios al artículo 386*. En AA. VV. *Código Procesal Civil comentado*.

referirse al *distinguishing*.¹¹⁰ Sin embargo, Carreón va más allá, indicando que la debida motivación en el apartamiento importa que «en la sentencia se justifique con buenas y suficientes razones el apartamiento; porque de lo contrario, su omisión configuraría una causal para anular y casar dicha sentencia [...] justificar con razones suficientes la necesidad de inaplicar un precedente cuando hacerlo en un caso concreto podría producir graves consecuencias injustas».¹¹¹

Agrega, tomando como base importante doctrina colombiana, que las razones que puede esgrimir un juez para apartarse de las reglas vinculantes de un PCC serían las siguientes: i) Que las reglas no responden a los cambios sociales, de manera que resultan caducas para el tiempo presente; ii) Que las reglas resultan erróneas, dado que se puede demostrar que son contrarias a «los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico»; y iii) Que las reglas resultan contrarias a la ley y a la Constitución a consecuencia de modificaciones legislativas o constitucionales que se hayan podido dar. Estos tres supuestos, más el *distinguishing*, «podrían ser el fundamento de la motivación debida que exige la norma del artículo 386 del Código Procesal Civil peruano, habilitando apartarse de los precedentes judiciales que con su aplicación a los casos concretos estaría causando decisiones gravemente injustas y contrarias a los principios y derechos fundamentales, permitiendo retroalimentar la función del precedente acorde con la evolución de la sociedad y sus nuevas orientaciones valorativas».¹¹²

Pero hay más, el autor que vengo citando plantea, por vez primera en nuestra doctrina, un ejemplo práctico de apartamiento:

El primer pleno casatorio, al fundamentar la necesidad de incorporar una nueva excepción procesal al ordenamiento procesal civil consistente en la transacción extrajudicial que las partes celebraran en forma previa al proceso judicial, omitió analizar como cuestión jurídica relevante la probable infracción a la prohibición constitucional contenida en el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú que establece la prohibición que tiene todo juez de la República de aplicar por analogía las normas que restringen derechos, concordante con la prohibición contenida en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que prescribe: La Ley que establece excepciones o restringe no se aplica por analogía.

Sin embargo, la sentencia casatoria en mayoría aplicó en forma analógica la norma restrictiva del inciso 10 del artículo 446 del Código Procesal Civil que contempla a la transacción judicial como supuesto de excepción procesal; y, por tanto, causal de la improcedencia de una demanda, como excepción al derecho al acceso a la tutela judicial efectiva.

Por mayoría (10 votos contra 6) el pleno casatorio estableció que: La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inc. 10 del artículo 446 e inc. 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre transacción.

Op. cit., 2010, t. II, pp. 739 y ss.; HURTADO REYES, Martín. *Causales*. En AA. VV. *Código Procesal Civil comentado*. *Op. cit.*, 2016, t. III, pp. 340 y ss.

110 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. T. I. *Op. cit.*, pp. 821 y 822.

111 CARREÓN ROMERO, Francisco. *Op. cit.*, p. 19.

112 *Ibidem*, p. 20.

Si bien, la posición de la mayoría llama a la aplicación analógica del artículo 446.10 del Código Procesal Civil como interpretación sistemática; lo real es que aplicó la analogía para imponer una regla restrictiva al derecho al acceso a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, la posición de la minoría en el fundamento 7 señaló:

El juez no puede crear una excepción o defensa de forma que no esté prevista expresamente en la norma procesal civil; debiendo hacer una interpretación restrictiva del artículo 446.10 del Código Procesal Civil y aplicar a los casos expresamente previstos en la norma, excluyéndose la interpretación extensiva y la analogía, que contraviene las normas que garantizan un debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución, f. 7).

Entonces, si la mayoría no ventiló la cuestión jurídica relevante de la aplicación analógica de una norma restrictiva de derechos, podría un juez que sustancie un proceso de indemnización en el que se deduzca la excepción procesal de transacción extrajudicial, inaplicar la regla del precedente del primer pleno casatorio, apartándose motivadamente y fundamentando su no aplicación en las normas prohibitivas legal y constitucional citadas, por considerar que dicha jurisprudencia vinculante es contraria a los valores, principios y derechos de la Constitución.¹¹³

Aquí, Carreón justifica el apartamiento criticando la base de una regla vinculante del I PCC. Expone argumentos con los que se puede considerar que tal base es equivocada porque contradice los valores y principios del ordenamiento jurídico peruano. Así, el autor, en este ejemplo, de las razones ya expuestas para apartarse de las reglas vinculantes de un PCC, esgrime la segunda razón. Como se puede apreciar, y aquí coincido, la fundamentación de las reglas vinculantes de un PCC influye sobre las posibilidades de un genuino apartamiento. En otros términos, a mejor fundamentada se encuentre la sentencia de un PCC, más complicado o difícil será (o debiera ser) un apartamiento posterior de sus reglas vinculantes.

- **Grados y fundamento de la fuerza vinculante del precedente judicial: Una aproximación a la figura del apartamiento**

Emitido un precedente, éste debe ser tomado en cuenta por otro órgano judicial al momento de resolver un caso, cuya solución se tiene que basar en el precedente, ya que existe una semejanza sustancial entre el caso que requiere ahora solución y el caso que generó el precedente. Así funciona la fuerza vinculante de un precedente. Tomando en cuenta las ambigüedades terminológicas que ya expuse, creo que es fácil notar que puede hablarse tanto de fuerza vinculante del precedente como de la jurisprudencia. Si una sentencia tiene que ser tomada en cuenta por el juez al momento de resolver un caso, tal sentencia tiene entonces fuerza vinculante. Si la *ratio decidendi* de una sentencia debe ser tomada el juez en cuenta al momento de resolver un caso, entonces esta *ratio decidendi* ostenta fuerza vinculante. Así las cosas, es obvio que las reglas de un PCC poseen fuerza vinculante.

Sucede, sin embargo, que la fuerza vinculante de un precedente puede tener diversos grados, cosa que casi nunca se dice en nuestro medio. Acá tenemos la «mala costumbre» de decir que un precedente o jurisprudencia tiene

113 *Ibidem*, pp. 20 y 21.

o no tiene fuerza vinculante, sin reparar en la diversidad de grados que dicha fuerza puede presentar. En realidad, los investigadores más acreditados a nivel internacional han señalado que es posible distinguir hasta siete grados distintos de fuerza vinculante en los precedentes.¹¹⁴ Siguiendo a una autorizada doctrina, pienso que aquí corresponde que me detenga sólo en los tres grados más importantes: i) Precedentes meramente *persuasivos*, que se caracterizan por tener un rol solo referencial para el juez, de modo que este puede separarse de él sin tener que presentar mayores argumentos; ii) Precedentes *prejuzgantes*, que son aquellos que los jueces obligatoriamente deben seguir, salvo que aduzcan «buenas» o «graves» razones para apartarse de ellos; y iii) Precedentes *incondicionalmente vinculantes*, que deben ser seguidos por el juez bajo cualquier circunstancia, no siendo viable su inaplicación aunque existan razones «buenas» o «graves» para dejarlos de lado.¹¹⁵

En los sistemas adscritos al *civil law*, el grado de fuerza vinculante del precedente dependerá de lo que establezca la legislación sobre el particular en cada ordenamiento. Puede suceder que las leyes que regulan la aplicación de los precedentes adolezcan de falta de precisión, lo que naturalmente habrá de generar polémica en torno al grado de la fuerza vinculante de los precedentes. En tan delicado asunto, en consecuencia, toca al legislador ser lo más preciso posible.¹¹⁶

Tengo que decir, sin embargo, que es bastante discutible sostener que en nuestro ordenamiento encuentre acogida la figura del precedente meramente persuasivo. En un sistema legal donde se exige una adecuada motivación a las resoluciones judiciales (inciso 5 del artículo 138 de nuestra Constitución), cualquier precedente o sentencia que invoque una de las partes en favor de su posición jurídica, tendrá que ser materia de un análisis en la decisión final del juez. Éste no puede dejar de tomar en cuenta dicho precedente o sentencia, teniendo siempre que fundamentar su decisión de acoger o apartarse de la misma.

Y es que una decisión, en la medida en que emana de una fuente dotada de poder y capaz de injerir en la vida de las personas, constituye precedente que debe ser respetado no sólo por quien lo produjo, sino también por quien está llamado a decidir en un caso similar. Y es que resulta innegable que todo aquel que se coloca en condiciones similares a las de un caso ya juzgado, posee legítima expectativa de no ser sorprendido por una decisión diferente.¹¹⁷ En este sentido, de ninguna manera es gratuita la afirmación según la cual «los comparatistas acostumbran afirmar que en los ordenamientos del Civil Law, todas las decisiones poseen, en mayor o menos escala, eficacia persuasiva. En lo que respecta a esta eficacia, se sustenta no existir diferencias esenciales entre las decisiones proferi-

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. «Per un'analisi comparata del precedente giudiziario». En *Ragion pratica*. Bolonia: Il Mulino, 1996, n.º 6, pp. 59-62.

¹¹⁵ CHIASSONI, Pierluigi. *Op. cit.*, pp. 97-100.

¹¹⁶ IGARTUA SALAVARRÍA, Juan. *Op. cit.* pp. 196-199.

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. «Precedente e giurisprudenza». En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán: Giuffrè, 2007, vol. 61, pp. 795 y ss.

das en el Civil Law y en el Common Law. En esa línea, se recuerda que el postulado de que los casos similares deben ser decididos de la misma forma (treat like cases alike) constituye un principio universal de la administración de justicia, ya conocido y respetado en Babilonia, incluso antes del reino de Hamurabi». ¹¹⁸

En este mismo sentido, se agrega que todo precedente o sentencia de un caso anterior que se constituye en argumento de parte, «por eso mismo, no puede ser adoptado o rechazado sin la debida fundamentación. A propósito, la desconsideración del precedente está, como mínimo, en el mismo plano del descanso en relación a la prueba, debiendo generar nulidad de la decisión». ¹¹⁹

En este contexto, es fácil comprender que cualquier decisión judicial termina teniendo el grado de fuerza vinculante de los precedentes prejuzgantes. Lo que ocurre es que el grado de fuerza vinculante de la *ratio decidendi* de una sentencia civil cualquiera es inferior al grado de fuerza vinculante de las reglas de un PCC. Nadie va a discutir esto ¿Entonces es igual apartarse de una sentencia cualquiera que de una sentencia de un PCC? Obvio que no. Para graficar la diferencia, conviene apelar a las indicaciones de la ilustre doctrina que estoy siguiendo en este punto.

Entre la multiplicidad de grados de fuerza vinculante que puede tener un precedente, es menester referirnos a dos. En un grado, se tiene que un verdadero vínculo que liga al juez, pero este puede desligarse solo en ciertos casos pre establecidos por la ley. Se trata, pues, de «excepciones y limitaciones determinadas» de la fuerza vinculante. En el otro grado, el Juez, en principio, debe seguir el precedente, pero el libre para desvincularse de él, siempre que indique y justifique las razones de la desvinculación.¹²⁰ La fuerza vinculante de las reglas de un PCC puede entenderse como del primer grado que se acaba de indicar, en tanto que la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* de cualquier sentencia civil puede entenderse como del segundo grado. Y es que debe recordarse que el apartamiento de las reglas vinculantes de un PCC es de carácter excepcional, según lo estipulado en el artículo 22 de la LOPJ, cosa que también es pacífica en nuestra doctrina. En cambio, el rasgo de la excepcionalidad no está presente en el apartamiento de la *ratio decidendi* de una sentencia civil cualquiera.

Ahora bien, la solidez de los fundamentos es un aspecto que ha subrayado, con total pertinencia, un excelso jurista italiano. Así, en opinión que comarto, se dice que en un sistema donde los jueces no deciden sobre la base de un precedente, es posible que el criterio de unos pocos jueces se expanda poco a poco entre todo el cuerpo de magistrados, en base a su poder de persuasión. Es decir que, al revisar tal criterio, es posible verificar que el mismo se basa en argumentos más que atendibles. De este modo, pese a que no existe la necesidad normativa de decidir sobre la base de un precedente, en la praxis puede llegar a apreciarse una

118 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 132.

119 *Ibidem*, p. 133.

120 TARUFFO, Michele. *Páginas sobre la justicia civil*. Traducción de ARAMBURO CALLE, Maximiliano. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 552 y 553.

jurisprudencia ampliamente predecible. En cambio, en aquellos sistemas donde los jueces tienen que decidir en función de precedentes, es posible no apreciar una jurisprudencia uniforme, ya que, dada la falta de solidez de los precedentes, los jueces tenderán a interpretarlos y aplicarlos de diferentes maneras. De hecho, el precedente puede llegar a ser poco aplicado en virtud a interpretaciones de marcado carácter restrictivo.¹²¹ Entonces, aunque un PCC sea importante para resolver un asunto polémico, ello no puede hacernos dejar de lado la necesidad de que los jueces tomen en cuenta argumentos con solidez para la adopción de sus decisiones. Esto, como lo resalta el magisterio de Gino Gorla, es fundamental en la formación de una jurisprudencia predecible.

Como se podrá comprender, la calidad de la argumentación o fundamentación resulta ser el real fundamento de la fuerza vinculante de un precedente. Un precedente pésimamente argumentado, entre otras cosas, podrá ser acusado rápidamente de no adaptarse a las necesidades sociales y ser materia de múltiples apartamientos con no poca facilidad. Así pues, el apartamiento pasa, entre otras razones, por derribar la argumentación de que se emplee en los PCC. Si un juez desea apartarse de lo establecido en las reglas vinculantes de un PCC, pues debe refutar o rebatir, de forma categórica, los argumentos que emplea el PCC para justificar sus reglas vinculantes. Pero no todos los argumentos deben ser rebatidos. En efecto, el juez debe identificar la *ratio decidendi*, o *ratios decidendi*, de la sentencia del PCC, pudiendo echar mano para esto a los métodos de Wambaugh y Goodhart. Una vez hecho esto, debe desmontarlos, sacando a la luz sus errores normativos. Se trata, pues, de demostrar que la *ratio decidendi* de la sentencia del PCC no resulta acorde o conforme a nuestro sistema jurídico legal o constitucional. Esta labor de refutación, es claro, puede resultar compleja.

Como se podrá advertir, esto es lo que le hace falta al ejemplo de Carreón. No se trata de refutar las conclusiones o las reglas vinculantes del PCC. Se trata de identificar primero, y desvirtuar después, a la *ratio decidendi* de la sentencia del PCC. Nótese, pues, que el apartamiento no es posible si no se analiza dicha *ratio* de forma crítica. Además, es fácil notar, como advierte Gorla, que precedentes obligatorios mal sustentados en poco o nada ayuda a una verdadera formación de una jurisprudencia predecible.

- *Distinguishing, overruling y undermining*

La cuestión de la solidez de los precedentes guarda estrecha relación con un concepto clave en la aplicación de los precedentes: El conocido *distinguishing*, que implica la no aplicación de un precedente, cosa que significa poner en evidencia «que la cuestión puesta para juzgamiento es diferente o que los hechos de la causa que está a ser juzgada tornan la cuestión de derecho distinta de la ya decidida».¹²²

121 GORLA, Gino. Voz *Giurisprudenza*. En AA. VV. *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Giuffrè, 1970, t. XIX, pp. 496 y 497.

122 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 125.

Es claro que para aplicar un precedente vinculante (en cualquier grado), es necesario comparar el caso que generó el precedente con el caso que demanda solución, analizando sus elementos fácticos. «Eso significa una diferenciación o distinción de los casos, que adoptan la forma de técnica jurídica dirigida a permitir la aplicación de los precedentes. En este sentido se habla, en el *common law*, de *distinguishing*». ¹²³

La distinción de basa en un análisis fáctico. Se tiene que determinar la *ratio decidendi* del precedente, considerando aquellos elementos de hecho que han sido relevantes para su formación. Si tales elementos no se encuentran en el caso que debe resolverse, pues el precedente simple y llanamente no se aplica. El *distinguishing*, de esta manera, permite relevar una diferencia fáctica sustancial entre los casos, que hace que el precedente inaplicable.¹²⁴

En el caso específico de las reglas vinculantes de un PCC, el juez establecerá que los hechos del caso no de subsumen o no se encuadran en los supuestos de tales reglas. Acá el juez no desobedece o desacata las reglas vinculantes, como su sucede en el apartamiento propiamente, sino que sostiene que los hechos del caso resultan ajenos a los supuestos de hecho previstos por las reglas de un PCC.

Retomando las enseñanzas de Gorla, se trata de un asunto de interpretación. Si el precedente se interpreta en sentido restrictivo, la práctica del *distinguishing* será amplia. Por el contrario, si se efectúan interpretaciones extensivas sobre el precedente, el *distinguishing* no tendrá mucho lugar. En una primera aproximación el *distinguishing* no implica un juicio de valor sobre el precedente, ya que sólo se traduce en su no aplicación. Significa sólo que el precedente no aplica, no que sea nocivo o «malo». Sin embargo, «la no aplicación del precedente, especialmente cuando es frecuente, puede revelar que su contenido no está siendo aceptado por en la comunidad jurídica ni en los tribunales. El precedente pierde naturalmente su autoridad y credibilidad cuando se torna *very distinguishing*». ¹²⁵

En nuestro caso, si las reglas vinculantes de un PCC y su fundamentación resultan ser endebles y hasta inaceptables, pues los jueces van a tener más de una razón o motivación no para apartarse o desacatar estas reglas, sino para interpretarlas restrictivamente, de tal manera que terminen aplicándose a muy pocos casos. Así, las reglas podrían terminar teniendo un radio de acción bastante pequeño.

Por otro lado, cuando un precedente queda sin valor o, como se dice también en el *common law*, queda «invalidado», se tiene la figura del *overruling*. Se trata de una facultad que «principalmente se le concede al tribunal jerárquicamente superior a aquél que decidió el caso previo que resulta invalidado». ¹²⁶ Se reconoce, sin mayor inconveniente, que un precedente puede quedar sin valor

123 *Ibidem*, p. 375.

124 *Ibidem*, p. 376.

125 *Ibidem*, p. 377.

126 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, pp. 155 y 156.

explícita o tácitamente. El *overruling* explícito siempre ha sido admitido en el mundo angloamericano, pues no se duda de que «si un tribunal que tiene poder para invalidar o derogar un caso A, manifiesta en un caso B que ha decidido derogar o invalidar el caso A, entonces la *ratio decidendi* del caso A inmediatamente deja de tener autoridad alguna, por lo menos en relación con la doctrina del precedente».¹²⁷ El *overruling* implícito, al contrario, fue admitido en la práctica del *common law* recién en las primeras décadas del siglo XX, pero actualmente no se duda de su admisión, pero se entiende que su análisis en casos reales es no poco complicado, siendo ya una cuestión de interpretación.¹²⁸

En nuestro caso, como se sabe, el IX PCC modificó expresamente, una regla vinculante del IV PCC y un considerando del I PCC. Aquí se tendría una suerte de *overruling* explícito, pues un PCC ha alterado de forma expresa un PCC anterior. También ya hemos considerado aceptable la idea de modificación tácita de las reglas vinculantes de un PCC, por lo que la referencia al *overruling* implícito no hace más que ratificar esta idea. Acá, como se acaba de advertir, entra mucho a tallar la interpretación que el operador jurídico haga de las reglas vinculantes de un PCC. Así como un dispositivo legal suele admitir más de una interpretación valedera, lo mismo puede de ocurrir con las reglas vinculantes de un PCC, por ende, puede pasar —va a pasar, mejor dicho— que los operadores discrepan sobre si ha ocurrido o no un *overruling* tácito.

Por ejemplo, el V PCC establece que los cuestionamientos a todo acuerdo que adopte una asociación civil, deben realizarse mediante el proceso abreviado de impugnación de acuerdos asociativos, según los breves plazos previstos en el artículo 92 del Código Civil. Si el cuestionamiento se hace fuera de estos plazos, la demanda será declarada improcedente. Por su parte, el IX PCC establece que la nulidad manifiesta de un acto o negocio jurídico debe ser evaluada por el juez de oficio, dando oportunidad a las partes para ejercer el contraditorio antes de que el juez pueda declarar dicha nulidad en el fallo de su sentencia. Surge la pregunta: ¿podrá un asociado plantear la nulidad manifiesta de un acuerdo asociativo (el cual, como bien se sabe, es un negocio jurídico) fuera de los plazos previstos en el citado artículo 92, amparándose en el IX PCC?

Esta pregunta, como se comprenderá, también tiene mucho que ver con el *distinguishing*. Si consideramos que las reglas vinculantes del V PCC son malas y débilmente fundamentadas, podemos interpretar que tales reglas aplican a la nulidad de los acuerdos asociativos en general, pero no a las nulidades manifiestas de tales acuerdos. Por ende, la nulidad manifiesta de un acuerdo asociativo sí podría demandarse fuera de los plazos previstos en el artículo 92. En esta línea de pensamiento, puede decirse también que el IX PCC ordena al juez estar vigilante frente a nulidades manifiestas para analizarlas de oficio, por lo que si un asociado plantea la nulidad de un acuerdo asociativo fuera de los plazos previstos en el ar-

127 *Ibidem*, p. 156.

128 *Ibidem*, pp. 156 y 157.

título 92, el juez no debería declarar improcedente la demanda, según el V PCC, sino que debería admitirla a trámite e iniciar el análisis de la nulidad manifiesta, dando lugar al contradictorio entre las partes, a tenor del IX PCC. En efecto, una vez advertida la nulidad manifiesta, el juez, de oficio, tiene que analizarla. Entonces, si el juez puede advertir la nulidad manifiesta al momento de calificar la demanda de nulidad de acuerdo asociativo, que se plantea fuera de los plazos del artículo 92, forzosamente tendría que admitir la demanda. Acá habría dos posibilidades: Que el juez siga tramitando el asunto como proceso abreviado de impugnación o modifique la vía procedimental y se pase a un proceso de conocimiento. Lo que me interesa resaltar acá es que es posible plantear que el IX PCC alteró, tácita o implícitamente, el V PCC. Es cierto, más de uno va a decir que esto es discutible o bastante opinable.

En el *common law*, se habla de *undermining* para designar el «debilitamiento» de la fuerza vinculante de un precedente; pero, esto se aplica cuando un Tribunal Superior es enmendado por el Tribunal Supremo, porque el Superior habría «malinterpretado los precedentes» aplicables, de manera que frente al juez de primera instancia, las decisiones superiores materia de enmienda devienen en «debilitadas» frente al juez.¹²⁹ Aunque sea una figura típica del *Common Law*, puede ser ilustrativa para el operador peruano.

En efecto, como ya dije, las reglas vinculantes de un PCC pueden ser materia de varias interpretaciones y, por ende, de controversias entre los miembros de la judicatura. Así, pues, puede suceder que los jueces apliquen de diferente manera dichas reglas. Ante ello, supongamos, se realiza un PJC distrital, regional o nacional, para zanjar la disparidad de posiciones. Así, pues, una o más de una Corte Superior empieza a aplicar las reglas del PCC en función de lo acordado en el PJC. Sin embargo, es el caso que la Corte Suprema anula o revoca estas aplicaciones, por considerar que interpretan y aplican mal las reglas vinculantes del PCC. Si nos fijamos con atención, el PJC no ha sido invalidado o «derogado», al menos no lo ha sido de formalmente. Empero, nadie puede negar que la fuerza vinculante del PJC habría sufrido un importante debilitamiento, es decir *undermining*.

En otras palabras, el *undermining* no afectaría tanto la fuerza vinculante de las reglas de un PCC en sí mismas, sino a una específica interpretación que pueda tener de las mismas una Sala Superior. Aunque la segunda instancia haga suya de forma constante una determinada interpretación de tales reglas, basta con que una de las Salas Civiles de la Corte Suprema revoque o anule una de sus decisiones donde se aplica esa interpretación, para tener a la misma debilitada frente al juez de primera instancia. En una Corte Superior, en principio, dominan los criterios de las Salas Superiores, por lo que es obvio que la tendencia es que los jueces de primera instancia apliquen estos criterios. Pero el *undermining* puede debilitarlos. ¿Cómo? Pues cuando la Corte Suprema los deja de lado. El juez puede perfectamente seguir aplicando el criterio superior, pero sabiendo que

129 *Ibidem*, pp. 157 y 158.

muy posiblemente el criterio supremo no lo tenga en cuenta. En ese escenario, el juez de primera instancia puede terminar aplicando el criterio supremo, aunque luego la Sala Superior anule o revoca su decisión. Pero es muy probable que la Sala Suprema termine acogiendo la decisión inicial, soslayando la superior. Así pues, en una Corte Superior, el criterio de las Salas habría experimentado un debilitamiento.

- **Un caso de apartamiento en nuestra Corte Suprema de Justicia: la sentencia en Casación n.º 4841-2015-Puno**

Tengo una clasificación personal del apartamiento en el Perú: i) Apartamiento «inconsciente» y ii) Apartamiento «consciente». Afirmo, entonces, que el fenómeno del apartamiento no es raro en nuestro país, cosa que no ocurre en otras latitudes. Pero debo precisar que me refiero a los PCC, no a la jurisprudencia vinculante en materia constitucional, laboral o penal, por ejemplo. La jurisprudencia vinculante civil es la que es desacatada en no pocas ocasiones.

¿A cuál de los dos apartamientos me refiero? Pues al primero, ciertamente. El segundo es cosa bastante rara e inusual. El apartamiento «inconsciente» es aquel que se funda en la ignorancia de las reglas vinculantes del PCC. Los órganos jurisdiccionales adoptan una decisión contraria a estas reglas vinculantes, pero porque las ignoran, no porque discrepen con ellas, pues nadie discrepa con aquella que desconoce. Se trata pues de una forma ilegítima de apartamiento.¹³⁰ No es extraño que ante un caso donde son aplicables perfectamente las reglas vinculantes de un PCC, los abogados las desconozcan y no las invoquen durante el proceso. Llega el momento de sentencia y el juez de primera instancia, que tampoco maneja la jurisprudencia suprema vinculante, emite una decisión que ignora y contradice las reglas vinculantes casatorias. En apelación la historia se repite con abogados y jueces superiores. Y en la Corte Suprema, donde se también han expedido decisiones que ignoran el contenido de los PCC, el apartamiento «inconsciente» se consolida increíblemente.

El apartamiento «inconsciente» es un fenómeno que deberíamos desterrar por completo.

El apartamiento «consciente» en cambio, es extremadamente raro. Casi nunca pasa que un juez se enfrente abierta y deliberadamente al contenido de un PCC al momento de sentenciar. De hecho, una de las pocas ocasiones en que esto ha sucedido ha sido con Carreón; pero, en un ejemplo que el propone en un ensayo, no en una sentencia. Y es que ni siquiera en doctrina se ponen ejemplos, como ya se explicó más arriba. El apartamiento «consciente» se configura cuando el juez conoce perfectamente las reglas vinculantes que va a soslayar en su decisión y deja expresa constancia de ello, ensayando (bien o mal) una justificación para su desacato, o sea que hace un intento de motivación de su apartamiento. Hace poco, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha emitido una sentencia que podría calificarse como un ejemplo de apartamiento «consciente». Veamos.

130 LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. 2º edición. Bogotá: Legis, 2008, p. 215.

Según se expone en una demanda de violencia familiar ante el 2º Juzgado de Familia de San Román, Juliaca, un 15 de mayo de 2013, Agapito Quispe fue víctima de agresiones por parte de sus sobrinas, Nelly y Justa Calsín. Ellas, mucho más jóvenes, lo golpearon en diversas partes del cuerpo hasta tumbarlo en el suelo, además lo insultaron agriamente diciéndole:

Oye sinvergüenza, te vamos a matar, el juicio que tenemos, ¿crees que vas a ganar?, ese carrito que tienes es plata de mi papá, eres piojoso, tú no tienes nada.

Félix Yana habría socorrido a Agapito Quispe y ambos fueron a sentar la denuncia de estos hechos de violencia a la dependencia policial, tomándose la declaración de Quispe como víctima y de Yana como testigo. De igual forma, se expidió el certificado médico-legal que acredita los golpes recibidos.

Las jóvenes Calsín niegan la veracidad de estos hechos. Con declaraciones escritas de terceros y otros documentos, pretenden demostrar que el 15 de mayo de 2013 se encontraban en Cusco realizando actividades comerciales, una haciendo compras de víveres, en tanto que la otra se hallaba vendiendo condimentos en un mercado.

El juzgado declara fundada la demanda, pues destaca que las declaraciones de Quispe son coherentes, persistentes y uniformes, además de que las lesiones han quedado acreditadas de forma fehaciente. En cambio, en su criterio, las sobrinas demandadas no han acreditado de forma contundente haberse encontrado en Cusco, agregando que se han limitado a decir que han estado en lugares diferentes.

El análisis probatorio de esta sentencia, valgan verdades, es sumamente pobre. La refiero como mero antecedente, pues ninguna relevancia tiene para lo que sigue.

La Sala Civil de San Román, en sede de apelación, revoca la decisión de primera instancia. Básicamente, porque luego de una evaluación de las pruebas aportadas por el demandante, se concluye que las mismas no generan convicción sobre los hechos alegados. Así, la Sala deja de lado la declaración testimonial de Yana porque no fue debidamente ofrecida en la demanda y tampoco fue tomada estando presente un representante del Ministerio Público, como lo exige el inciso 1 del artículo 6 del TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar. De este modo, la única prueba del demandante termina siendo su propia declaración, la cual es evaluada por la Sala tomando en cuenta los criterios expuestos en el Acuerdo Plenario n.º 02-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema. En esta evaluación se concluye que la declaración de Quispe es insuficiente para generar convicción, principalmente porque hay una mala relación con las demandadas (pues tiene varios procesos judiciales contra la madre de estas), lo que hace que la declaración pierda credibilidad, y porque no hay otro medio de prueba que demuestre que las sobrinas realizaron los actos de violencia.

La Sala puneña recuerda al III PCC para reforzar la carga probatoria que debe cumplir el demandante para poder ver amparada su pretensión:

11.3 Si bien en los procesos de familia (violencia familiar entre otros) el juez tiene facultades tutivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales, de acuerdo al precedente judicial vinculante fijado en el numeral 1 de la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación n.º 4664-2010 Puno); sin embargo, en el trámite señalado, se

garantizará el derecho de tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural, ello de conformidad al precedente judicial vinculante fijado en el numeral 3.5 de la citada Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil.

Es decir, la Sala Superior señala que, si bien el III PCC flexibiliza los principios procesales en favor de una mejor tutela para los sujetos débiles en los procesos de familia, ello no puede importar una vulneración del debido proceso en perjuicio de una de las partes. En consecuencia, el III PCC no puede servir de base para amparar demandadas de violencia familiar con tienen un sustento probatorio débil. Así, la flexibilización del III PCC no puede traducirse en una trasgresión de la carga de la prueba prevista en el artículo 196 del Código Procesal Civil.

En sede de casación, Quispe alega que la Sala Superior se apartó inmotivadamente de lo dispuesto en el III PCC, pues no aplicó en su favor la flexibilización procesal consagrada en este PCC, prefiriendo la aplicación de un Acuerdo Plenario Penal, que no correspondía a este proceso que es de familia y no penal. La defensa de Quispe, entonces, dice que la Sala puneña se apartó del III PCC porque había que aplicar el Acuerdo Plenario Penal en su lugar.

Mal la defensa de Quispe. No se impugna una decisión, lo que se impugna es una caricatura de ella en realidad. La Sala Superior jamás hace una inaplicación del III PCC. La Sala puneña nunca esgrime la idea de inaplicar el III PCC para poder aplicar el Acuerdo Plenario n.º 02-2005/CJ-116. La Sala Superior hace algo totalmente diferente: Aplica ambos instrumentos. Por un lado, el III PCC advierte que la flexibilización no puede ser violación del debido proceso. Por otro lado, utiliza el Acuerdo Plenario para evaluar la fuerza probatoria de la declaración de parte, a efectos de dar cumplimiento a la regla de la carga de la prueba. El Acuerdo Plenario se utiliza para analizar la prueba, no para inaplicar un PCC.

El gran problema es que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en lugar de rechazar el recurso por malinterpretar groseramente la sentencia de vista, le sigue la corriente a Quispe. En efecto, en el considerando sexto de la Cas. n.º 4841-2015-Puno, se señala lo siguiente sobre la sentencia de la Sala puneña:

[...] cabe precisar que si bien es cierto existe un apartamiento por parte del Colegiado Superior respecto a lo determinado en dicho Pleno, en cuanto a que en los procesos de familia el Juez puede flexibilizar algunos principios y normas procesales, no es menos cierto que ha motivado su decisión (apartamiento) manifestando que la declaración testimonial de Félix Yana Cornejo, prestada en sede policial, al no ser conducida por el representante del Ministerio Público, no reúne las garantías de ley; en cuanto a su objetividad, imparcialidad y transparencia. En conclusión, no es válido sostener que existe un apartamiento inmotivado del precedente judicial, sino todo lo contrario, pues el *ad quem* ha motivado dicho apartamiento, tal como se ha explicitado, razón por la cual no se observa el vicio alegado por el recurrente.

La cosa es bastante seria, estimado lector o lectora.

En efecto, lo primero es que para la Sala Suprema podría haber un apartamiento tácito con su respectiva motivación tácita, pues reitero que la Sala Superior nunca habla de algún apartamiento o inaplicación del III PCC. Como se ya indicó, el artículo 22 de la LOPJ es una norma que regula el apartamiento, pero preceptúa que se debe motivar «dejando constancia del precedente obligatoria que desestiman». ¿Cabe, entonces, dejar constancia tácita del PCC desestimado en el apartamiento?

Pues sí, según esta sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

Lo segundo es que se trata al apartamiento como si fuera un asunto menor. La Sala Suprema acepta que hay apartamiento y lo «bendice», lo aprueba, en tan sólo dos o tres líneas. El mensaje es claro: El apartamiento y su motivación es un asunto que no debe demandar mucha atención. Un mensaje como este, obviamente, no hace otra cosa que debilitar a los PCC, pues se sugiere que la motivación que sirve de soporte a un apartamiento puede ser simplona. No se muestra un interés por defender la primacía de los PCC.

Lo tercero es que la Sala Suprema acepta, como si nada, que se tilde de ilegales a sus PCC. Claro, la sentencia en casación acepta que, conforme a la flexibilización procesal consagrada en el III PCC, la declaración testimonial del señor Yana debió haberse tomado en cuenta. No obstante, ello sería ilegal, pues contraría lo estipulado en el artículo 6.1 del TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (actualmente derogada por mandato de la Ley n.º 30364). Pero resulta que el III PCC es posterior a esta normativa de violencia familiar. Es decir, se nos está diciendo que el III PCC fue emitido sin sopesar adecuadamente las leyes vigentes al momento de su dación. Grave acusación que la Sala Suprema debió desmentir. En su defecto, la Sala Suprema debió por lo menos hacer alguna especie de *distinghishing*, y explicar que las flexibilizaciones procesales del III PCC no aplican en ciertas áreas de la violencia familiar. Pero, no hizo nada de esto. Nótese que, en el enfoque de la Sala Suprema, la flexibilización procesal impuesta en el III PCC no aplica cuando la ley establece una forma procesal determinada. Así, dado que la ley establece que las investigaciones policiales deben ser conducidas por el Ministerio Público, pues ninguna flexibilización cabe sobre la intervención del fiscal en la toma de una declaración testimonial ante la policía. Pero de inmediato surge una pregunta: ¿Acaso los principios procesales flexibilizados en el III PCC no se encuentran establecidos en la ley de la misma forma que la conducción fiscal de las investigaciones? Si la Sala Suprema dice que la flexibilización de la intervención fiscal en una declaración no es posible porque la intervención fiscal se exige en una ley, pues entonces no flexibilizamos nada pues, ya que los principios procesales que el III PCC flexibiliza, también tienen un respeto exigido por la ley. Ergo, la argumentación para avalar el apartamiento resulta ser raquíctica.

William Holdsworth, profesor de historia del Derecho de Oxford, señalaba que un sistema de precedentes no puede ser demasiado flexible ni demasiado rígido. No puede ser muy flexible, porque ello implicaría sacrificar la seguridad y la certeza de la jurisprudencia, pero tampoco puede ser demasiado rígido, porque ello implicaría hacer que la jurisprudencia sea incapaz de adaptarse a las necesidades de la una sociedad cambiante.¹³¹ Se comprende, por tanto, que el apartamiento y, en general, los mecanismos para inaplicar las reglas vinculantes de un PCC son valiosos, si se aplican adecuadamente, puesto que brindan una sana flexibilidad al sistema. Su mala utilización, no hace más que petardear y socavar nuestra ya precaria seguridad jurídica judicial.

131 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. *Op. cit.*, pp. 153 y 154.

Mala argumentación en los PCC y mal empleo de los mecanismos de inaplicación son una indeseable combinación, que no hace más que inutilizar a los PCC, desechar todo su potencial para construir una jurisprudencia predecible.

VI. ¿LAS REGLAS VINCULANTES DE UN PCC SE APLICAN A CASOS EN TRÁMITE O SÓLO A CASOS NUEVOS?

Para ultimar este ensayo, hay que decir que los precedentes expedidos por los PCC se aplican a los procesos en trámite, no sólo a los nuevos como más de uno piensa. De hecho, la sentencia del III PCC indica que el precedente judicial «es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver o cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga [...]. No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada».¹³²

Lo cierto es que el mentado artículo 400 no dice nada sobre esta última cuestión. Empero, por analogía, no parece que exista una razón de peso para que estos precedentes no se apliquen como cualquier norma legislativa, según lo establecido en los artículos 103 y 109 de la Constitución.

Éste ha sido el criterio consagrado recientemente en el considerando cuarto de la Casación n.º 1218-2016-Lima Norte:

El Cuarto Pleno Casatorio Civil es un precedente vinculante, emitido bajo los alcances del artículo 400 del Código Civil, siendo así, su fuerza vinculatoria se aplica desde el día siguiente de su publicación, conforme al artículo 109 de la Constitución Política del Estado, esto es, el quince de agosto de dos mil trece, en ese entender, siendo que las sentencias de grado son del treinta y uno de enero de dos mil catorce y catorce de agosto de dos mil quince, los jueces se encontraban obligados a la observancia de las disposiciones del citado precedente vinculante.

Cabe insistir en que la cuestión no se resuelve mediante una aplicación directa del artículo 109 de la Constitución, como erradamente sugiere esta sentencia en casación. Este artículo constitucional habla de la «ley», ¿acaso un PCC es una ley? Pues no. De inmediato, debo precisar que la aplicación inmediata de las reglas vinculantes de los PCC tampoco se sustenta en lo afirmado en el III PCC. Me explico, no es posible decir que las reglas vinculantes de los PCC se aplican a los procesos en trámite porque así lo dice el III PCC que es vinculante. No, puesto que esta aseveración del III PCC es un simple *obiter dicta*, los cuales no ostentan mayor fuerza vinculante.

Los PCC se aplican a los procesos en curso por aplicación analógica, no directa, de los artículos constitucionales mentados. Un PCC no es una ley, pero hay semejanzas sustanciales entre las reglas vinculantes de un PCC y las leyes. Las leyes tienden a ser generales y abstractas, cosa que ocurre también con las reglas vinculantes casatorias. De hecho, las reglas vinculantes siempre han versado sobre normas con rango de ley. Así pues, hay un parecido sustancial entre ambas que justifica su tratamiento analógico.

132 Sentencia en Casación n.º 4664-2010-Puno, Considerando 102.

Daños punitivos: El aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional; yerros y precisiones

*Guillermo Andrés Chang Hernández**

Sumario: I. Introducción. – II. Sobre lo establecido en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional. – III. Generalidades y alcances del daño punitivo. – IV. Mención especial para entender y opinar el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral: La función de la responsabilidad civil. – V. El punitive damages desde el V Pleno Supremo Laboral y Previsional. – VI. Palabras conclusivas.

I. INTRODUCCIÓN

Regularmente quienes creemos y apostamos por la jurisprudencia como fuente del Derecho y herramienta de mejora del sistema judicial, aplaudimos fallos, más aún supremos, que crean Derecho y no se apegan simple y fácilmente a la Ley; sin embargo, lo establecido en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, expedido por la Corte Suprema del Perú (en adelante, el V Pleno o el Pleno), por los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del país, publicado el 4 de agosto último en el Diario Oficial El Peruano, ha llamado mucho la atención de la doctrina nacional, fundamentalmente en lo abordado y resuelto en el III punto, relacionado a la indemnización y remuneración devengada en los casos de despido fraudulento y despido incausado.

En específico, lo que ha llamado poderosamente la atención de este Pleno Jurisdiccional, es el reconocimiento que hace de los daños punitivos, ante lo cual, se vienen planteando varias interrogantes: ¿Existe base legal para tal reconocimiento?, ¿El daño punitivo se contradice con la función reparadora de la Responsabilidad Civil en el Derecho peruano?, ¿Es el Derecho Civil el encargado de sancionar conductas?, etcétera.

* Abogado por la UNSLG de Ica, con posgrado en la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España), miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, docente de Derecho Civil, socio del estudio «Guillermo Chang Hernández» Abogados.

En tal sentido, en el presente trabajo, trataremos de dar respuesta a tales interrogantes y, evidentemente, de analizar el alcance y contenido del daño punitivo o *damages punitive*, como se le conoce en otras latitudes.

II. SOBRE LO ESTABLECIDO EN EL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

Dentro de los acuerdos adoptados, el más comentado, fundamentalmente, por su sorpresa y sustento, ha sido el punto «III. Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado». Para el caso que nos ocupa, el acuerdo plenario en mayoría fue el siguiente: «El Juez valorara los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda».

En este punto, sólo para contextualizar el criterio, el Pleno bajo análisis trató de dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Tiene el trabajador, que ha sufrido un despido incausado o fraudulento, derecho al pago de remuneraciones devengadas por el periodo no laborado? y ¿Tiene el trabajador derecho al pago de una indemnización por los daños derivados por un despido incausado o fraudulento? Además, dentro de la segunda interrogante, se abordaron «los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto indemnizatorio», tópico que, finalmente, es el que ha suscitado –como se ha dicho– la atención de la academia nacional.

En este sentido, conforme a lo ya esbozado, se tiene que el Pleno ha establecido que dentro de los criterios que se deben fijar para determinar la suma indemnizatoria, se debe considerar el daño punitivo, razón por la cual, trataremos de abordar este importante tipo de daño que, hasta hace poco, era inexistente en nuestro medio, el daño punitivo.

III. GENERALIDADES Y ALCANCES DEL DAÑO PUNITIVO

Para empezar, podemos señalar que los daños punitivos o *damage punitive*, es una categoría del daño que se presenta en los casos de incumplimiento contractual; y, que se trata de una figura propia del *Common law*, dato éste último de vital importancia, a efectos de evaluar la conveniencia y acierto de su incorporación en nuestro sistema jurídico, de raíz distinta al Derecho anglosajón.

Sobre el tema, el colombiano Aristizabal Velásquez, nos informa que «Las incidencias directas del surgimiento de los daños punitivos se observan en los países del *common law*». Más adelante, el mismo autor agrega: «Para algunos autores el estatuto más antiguo que consagró los daños punitivos dentro de un sistema de corte anglosajón fue el estatuto inglés del año 1215, que consagró «la punición con el duplo del daño causado cuando el damnificado fuese un

religioso» (Pizarro, 1996, p. 294). No obstante esto, el primer caso relevante de los daños punitivos se remonta a la Inglaterra de 1763 con el Juicio de *Huckle vs. Money*, en el cual se juzgó un caso de abuso de poder público contra un viajero y con respecto al daño se estableció lo siguiente: «[...] la Cámara de los Lores consideró que era el caso de condenar al Estado a pagar, además del perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, una suma adicional a título exemplary damages, con el objeto de destacar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares».¹

También es importante anotar, lo que sostiene Francesca Benatti, quien precisa que: «[...] incluso en el mismo Inglaterra su reconocimiento fue bastante controversial y es a raíz del caso *Attorney general v. Blake*, que el debate asume una nueva importancia»,² agregando que «La hipótesis bastante conocida, está referida a la venta por parte de Blake de un libro de memorias de su actividad como agente secreto en Rusia, libro en el cual se divulgaban informaciones secretas». La misma autora, sobre este punto, concluye: «La *House of Lords*, llamada decidir sobre la violación del contrato de trabajo que imponía el deber de reserva, estableció una liquidación del daño ascendiente a los beneficios obtenidos por el libro pero –lo que es más relevante– reconoció que los compensatorios damages podrían resultar insuficientes en diversas hipótesis, sin embargo la atención se centró principalmente, sobre la materia bajo análisis, al haber obtenido Blake ganancias injustificadas por el breach [...].».³

Finalmente, sobre el punto, podemos agregar sobre el daño punitivo que «al no tener autonomía se puede decir que el daño punitivo requiere la presencia de un daño esencial o principal y que solo ameritara demandar el daño punitivo en circunstancias propias de cada caso, como puede ser el grado de lesividad o intencionalidad de la conducta dañosa, esto es la intención de dañar». Así, siguiendo nuevamente a López Herrera, «puede advertirse otro de los rasgos distintivos de los daños punitivos: El elemento subjetivo debe ser agravado, la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos».⁴

Luego de este breve recuento de los antecedentes del daño punitivo, toca referirnos específicamente a lo que se entiende en sí por esta categoría jurídica, máxime si en nuestra legislación y en la mayoría de los otros países, es una voz extraña dentro de las categorías de los daños resarcibles.

Como se ha dicho, en casi la totalidad de ordenamientos pertenecientes al Derecho continental, no existe una recepción legislativa del daño punitivo, por

-
- 1 ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. «Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad Patrimonial Colombiana». En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 40, n.º 112, pp. 178-201. Medellín: 2010.
 - 2 BENATTI, Francesca. «Incumplimiento de contrato y Punitive Damages» en: Estudios sobre la Responsabilidad Civil», 1^a edición. Lima: Ed. Legales, 2015, pp. 293-294.
 - 3 *Ibidem*.
 - 4 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. Estudio de Derecho Civil patrimonial, 1^a Ed. Lima: Editorial Jurista, 2013, p. 11.

lo que ha sido la doctrina y, en algunos casos, la jurisprudencia, las que se han encargado de definirlo y conceptualizarlo.

Para Ady Chinchay Tuesta,⁵ el *punitive damages*, no son compensaciones por daños, sino que son percibidos como multas privadas impuestas por jueces civiles para castigar conductas reprobables para disuadir su futura ocurrencia. Por su parte, Francesca Benatti⁶ relaciona los daños punitivos con el enriquecimiento injusto, pues al referirse a los *punitive damages*, expresa: «Queda claro que el otorgamiento de los punitive damages o supracompensatorios en los contratos es, antes que nada, una cuestión de percepción por parte del juez del hecho concreto y de su gravedad. De esta forma lo que parece ser determinante para su otorgamiento es, sobre todo, el enriquecimiento injusto».⁷ Asimismo, el profesor colombiano Javier Tamayo Jaramillo, destaca la singularidad de este tipo de daño, precisando que: «cabe observar que en el Derecho norteamericano existe una indemnización muy particular, denominada daños punitivos»; además, agrega Tamayo que «tiene un carácter sancionatorio en favor de la víctima cuando el responsable ha actuado dolosamente o por culpa grave, y explica las indemnizaciones millonarias otorgadas por los jueces norteamericanos pese a que el daño sufrido tenga un valor mínimo».⁸

También se entiende como «sumas dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro».⁹ En este punto, es interesante extraer —como lo hace Manuel Cornet y Gabriel Alejandro Rubio—¹⁰ las notas características de esta definición: a. La existencia de una víctima de un daño, b. La finalidad de sancionar graves inconductas, c. Prevenir hechos similares en el futuro, d) La suma se entrega a la víctima.

IV. MENCIÓN ESPECIAL PARA ENTENDER Y OPINAR EL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL: LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Debido a la incorporación del daño punitivo dentro de los tipos de daños que

5 CHINCHAY TUESTA, Ady. «Sobre la idoneidad sobre los Punitives Damages en los supuestos de daños ecológicos puros en el Perú: Análisis a partir de las funciones de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente». En *La responsabilidad civil*. Lima: Motivensa, 2010, 1.^a edición, vol VIII, p. 283.

6 BENATTI, Francesca. *Op cit.*, p. 292.

7 En nuestro medio, el artículo 1954 del Código Civil, regula la figura del enriquecimiento sin causa, al disponer que: «Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo».

8 TAMAYO JARAMILLO, Javier. «Clasificación de los daños y perjuicios». En *Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, 1.^a edición, pp. 199-200.

9 PIZARRO, Ramón Daniel. «Daños punitivos». En *Libro Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*. Madrid: Editorial La Rocca, 1.^a edición, p. 287.

10 CORNET, Manuel y Gabriel Alejandro RUBIO. «Daños punitivos».

deben ser indemnizados, según lo expone el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, es determinante, para establecer su pertinencia, admisión o rechazo, referirnos a la función de la Responsabilidad Civil, esto es, conocer qué fin persigue esta institución, pues de ello depende conocer hacia dónde debe arribar, ya sea la Ley, la jurisprudencia e, incluso, la doctrina, en relación a la referida institución jurídica.

Sobre el particular, ya en otro lugar hemos dicho que «En el derecho cada institución tiene su propia finalidad u objetivo, lo cual permite conocer a cabalidad sus alcances y fronteras; en tal sentido a efectos de conocer el verdadero alcance de la responsabilidad civil atribuida a una persona por el daño que produzca, es de suma relevancia saber qué función persigue el modelo de responsabilidad civil dentro de determinado ordenamiento jurídico».¹¹

Siendo ello así, hoy en nuestro medio, casi no existe discusión sobre cuál es la función de la responsabilidad civil en nuestro país: La reparadora.

Esta afirmación encuentra sustento en las normas contenidas en el Código Civil y las demás del ordenamiento jurídico en donde se regula un supuesto de responsabilidad civil.

Recordemos, asimismo, que el V Pleno Supremo Laboral habla de una indemnización proveniente de una relación contractual (laboral) y, en nuestro medio, las normas que regulan el daño proveniente de una relación contractual son los artículos 1321 y 1322 del Código Civil, normas que reconocen dentro del daño resarcible, el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral.

Además, más allá del debate sobre la nueva función de la Responsabilidad Civil (preventiva), lo que importa es saber cuál es el estado actual de la cuestión y hoy, no se niega ni discute que el sistema de Responsabilidad Civil peruano es eminentemente reparador, ya sea en su régimen contractual o extracontractual.

En efecto, en el régimen peruano, el elemento determinante para imputar Responsabilidad Civil es el daño y, en el caso de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, el segundo párrafo del artículo 1321 precisa: «El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución». A su vez, el artículo 1322 del mismo Código, lo complementa, señalando: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento» (subrayado nuestro). En consecuencia, como se aprecia de forma expresa y lata, la norma sustantiva reconoce, para el caso de la responsabilidad contractual, sólo las siguientes categorías del daño: Lucro cesante, daño emergente y daño moral, sin existir norma que autorice el reconocimiento de otra categoría.

V. EL PUNITIVE DAMAGES DESDE EL V PLENO SUPREMO LABORAL Y PREVISIONAL

Tal como se ha indicado líneas arriba, lo más resaltante del Pleno es el reconocimiento de los *punitive damages* para los casos de despidos nulos o frau-

11 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. *Op cit.* p. 113.

dulentos. Aquí sólo abordaremos los alcances civiles, propiamente desde la responsabilidad civil del criterio adoptado.

Ahora, para entender el pleno, como se ha dicho, debemos conocer cuál es la función del sistema de responsabilidad civil peruano, lo que ya se ha abordado; y, además, debemos conocer cuál es el alcance del daño resarcible. Si bien se trata de un pleno laboral, sus efectos repercuten en toda la responsabilidad civil, más aún si las normas laborales que regulan los supuestos indemnizatorios son insuficientes, y hace irremediable aplicar las normas contenidas en el Código Civil.

Es más, conforme a los argumentos del Pleno —que a nuestro entender, son insuficientes—, se estaría creando una nueva categoría de daño y, lo alarmante es que se hace sin que exista una base legal para ello y quizás, incluso, desdeñando las categorías del daño que sí son reconocidas por la ley, que fácil y acertadamente incluyen criterios punitivos y ejemplarificadores, como es el caso del daño moral, que tanto por su historia y desarrollo, bien podría incluir al daño punitivo, en la medida que se quiera otorgar una suma económica por este concepto.

Así, si revisamos los fundamentos del Pleno, lamentablemente apreciamos que el sustento que se invoca para generar un precedente es tan novedoso como extraño (por la ausencia, insisto, de base legal), pues entre los argumentos del Pleno, se lee: «Asimismo, resulta pertinente que el juez analice además de los demás criterios clásicos de los daños, es decir lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos»¹²; asimismo otro fundamento que nos llama la atención es el siguiente: «Es importante tener presente que nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo la aplicación extensiva de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales y tal como hemos señalado en forma accesoria al daño principal causado y reclamado». Como se aprecia, los jueces supremos aceptan que no hay base para reconocer el daño punitivo; pero, por otro lado, precisa también que mejor sería a nivel argumentativo extender el daño moral y utilizar el criterio punitivo.

Por ello, nosotros creemos que lo correcto hubiese sido extender los alcances del daño moral y utilizar los mismos criterios que se hacen para reconocer el daño punitivo como criterios de valoración del daño moral, más aún si no existen en la Ley, criterios pre establecidos para fijar un daño moral, por lo que en este panorama, sí es admisible o, al menos tolerable, que el juez argumente la utilización de un criterio punitivo o ejemplarificador, conjuramento con otros ya utilizados, incluso, por la propia Corte Suprema.

Asimismo, encontramos una contradicción en tal argumento, pues si se reconoce que el daño punitivo encuentra amparo a partir de un alcance extensivo del daño moral, por qué tendría que crearse, entonces, una nueva categoría del

¹² Tercer párrafo del numeral 3.4 del tema III: «Indemnización y Remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulento y despido incausado» del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, publicado el 4 de agosto de 2017, Cuadernillo especial, p. 7821.

daño, si podría llegarse al mismo fin con la incorporación dentro del daño moral de un criterio punitivo o ejemplarificador —reitero— para su cuantificación, más aún si no existe base legal para reconocer una nueva categoría del daño.

Por otro lado, otro argumentos de los jueces supremos para reconocer el daño punitivo, es que la ineeficiencia de la reparación amerita el reconocimiento del daño punitivo, lo que es también falaz, por cuanto el problema de la correcta o indebida indemnización en el país, no se debe a la ausencia de figuras o tipos de daños, sino a diversos factores: La incongruente valoración de los daños, la incapacidad de la víctima de probar y cuantificar efectivamente el daño e, incluso, el poco manejo de algunos jueces de las diversas figuras de la responsabilidad civil.

Además, el Pleno va más allá, al disponer que el reconocimiento del daño punitivo opera incluso de oficio, lo cual genera no sólo una desnaturalización del fin reparador del sistema, sino que contraviene otros derechos como el de defensa, ya que el juez sin someter a debate el posible reconocimiento del daño punitivo, lo incorpora al momento de fijar la reparación del daño.

Según las cosas, también cabe preguntarnos, ¿es el derecho civil el que debe buscar sancionar conductas o promover conductas ejemplarificadoras? Nosotros creemos que no.

En efecto, si bien es cierto que resulta razonable que el derecho busque evitar la producción de conductas dañosas o desincentivarlas, también lo es que con la incorporación a través de sanciones económicas, resultarían muy densas las decisiones judiciales y, en su caso, regular las situaciones jurídicas de espaldas a la realidad social y económica, pues si hoy sumas resarcitorias quedan impagadas (incluso, por parte del Estado), ¿qué podríamos esperar de sumas mayores como las impuestas en los sistemas en donde el daño comprende una sanción por la conducta (EE.UU, Inglaterra)? Esto no quiere decir que se esté tolerando conductas contrarias al Derecho, pues dentro de la función resarcitoria se busca reparar el daño generado, lo cual —creemos—, desde el derecho civil, es lo correcto. Además, no estimamos que buscar sólo la reparación del daño sea un incentivo para la producción de conductas dañosas, pues cualquier persona razonable no desea asumir los costos de un daño, por más mínimo que sea el costo, más aún cuando según nuestro sistema actual, dicho costo estará representado por todas las consecuencias económicas de su conducta, las cuales, en muchos casos, pueden ser sumas elevadas.

En tal sentido, ya hemos dicho que «creemos que la sanción o la preventión les competen a otras áreas del derecho, ajenas al derecho civil, como la administrativa-sancionadora o penal, en donde incluso, de acuerdo a su propia dinámica, promoverían condiciones más justas, ya que el Estado regularía sanciones o penas, por determinadas conductas, permitiéndole a todos conocer las consecuencias de tales conductas».¹³

Asimismo, se ha dicho que «la responsabilidad civil sólo debe encargarse de reparar o resarcir el daño y el Estado si lo estima complementar dicha acción

13 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 126.

con otras sancionadoras o preventivas, empero desde otras instituciones jurídicas. Esto se hace más palpable cuando se comprueba que hoy la determinación de sumas indemnizatorias resulta difícil para el juzgador, incluir ahora un nuevo criterio —incluso denso— al juez, complicaría aún más dicha función del juzgador».¹⁴

También nos llama la atención el hecho de que los jueces supremos hayan establecido una fórmula tasada para la cuantificación del daño punitivo, pues ello alejaría la posibilidad de establecer un resarcimiento, ya que, de esta forma, estaríamos frente a un supuesto indemnizatorio más que resarcitorio, que es propio de los *punitive damages*.

VI. PALABRAS CONCLUSIVAS

Si bien saludamos la intención de la Suprema Corte de crear derecho, esta labor no debe ser a costa de alejarse de la Ley y, menos aun, desnaturalizando instituciones, como en el presente caso, pues, por un lado, se desdeña el alcance y contenido del daño moral y, por otro, se pretende crear o reconocer un daño punitivo sin que se haya delimitado claramente su contenido y alcance para su correcto entendimiento y aplicación por parte de las cortes inferiores.

Asimismo, creemos que no es el derecho civil, al menos en el estado de las cosas, el que se encuentra en mejores condiciones para prevenir y sancionar los daños, pues para ello posee mejores herramientas el derecho administrativo que, incluso, sería más eficiente, ya que, al poder operar antes del daño, si llegaría a prevenirllo. Y, en el caso de la sanción o punición, también sería adecuado, pues esto permitirá saber a quien pretende cometer un daño mediante la realización de una conducta, el monto de la multa a imponerse (mediante los cuadros de multas administrativas), y no dejarlo al arbitrio del juez civil.

Finalmente, reiteramos nuestra adherencia con aquellos fallos que buscan crear derecho (pues una jurisprudencia creativa y valiente, creo, ha sido lo que ha permitido darle vigencia y vida a códigos civiles tan vetustos y admirados, a la vez, como el francés, alemán o el italiano, muy citados en nuestro medio); pero, lo que sí no se puede compartir, es el alejamiento de la ley, pues, a nuestro entender y siguiendo las palabras de un amigo y abogado iqueño, el doctor Enrique Ricci, la Ley es como un elástico que puede estirarse y estirarse y no hay problema, pero lo que no se puede hacer es estirarlo tanto hasta romperlo.

14 *Ibidem.*

La codificación civil europea y el desafío de la unidad jurídica del derecho privado en América Latina

*Carlos Antonio Agurto González**

Desde el nacimiento de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), que es fechado, tradicionalmente, a partir del Tratado de Roma, suscrito en 1957, la unidad política, social y económica de la misma ha sido un problema recurrente en los diversos ámbitos en que es planteada. En efecto, los primeros años y décadas de la Europa unida se desarrollaron en plena «guerra fría» y, por ende, que-

* Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Ciencias Internacionales y Diplomáticas por la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia). Fue investigador en materia jurídica en el «Centro Altiero Spinelli per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo» de la Universidad de Roma Tres (Italia), ex Becario de la Unión Europea. Co-Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la Revisión y Mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial n.º 183-2017-JUS, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Candidato a magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Es profesor visitante de la Universidad Autónoma del Perú. Miembro del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia), del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo en la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles (Italia), del Comité Científico de los Anales del Departamento Jurídico de la Universidad del Molise (Italia), de la Asociación Italiana de Derecho Comparado y de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es el creador y coordinador general de la primera colección jurídica en América del Sur sobre Derecho comparado: La «Biblioteca de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos», publicada por Ediciones Olejnik (Chile-Argentina). Asimismo, es coordinador de la colección «Observatorio de Derecho Civil» (veinte volúmenes publicados, Motivensa editora jurídica, primera y segunda edición). También ha sido editor académico de los volúmenes «Responsabilidad Civil», «Derecho de familia», «Obligaciones y contratos» y «Acto Jurídico», de la Colección «Tendencias Contemporáneas del Derecho», Fondo Editorial de la Universidad Libre, Bogotá (Colombia). Ha sido el coordinador del volumen «Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego», publicado por Motivensa, editora jurídica (Perú). Es presidente del Comité Editorial de Ediciones Olejnik (Chile-Argentina), que se encuentra integrado por diversos juristas de Europa y las Américas.

ría ésta convertirse, primero en una reafirmación de sus identidades, frente a la expansión estadounidense, por un lado, y, soviético, por el otro. En un segundo plano, quiso ser una alternativa frente a estos bloques, no obstante, su preferencia por el primero. No es necesario señalar que la base o pilar de la Europa unida es el aspecto económico, de allí su denominación inicial de «*Comunidad Económica*», la cual ha buscado y busca en lo político su legitimación y, el Derecho, que al final de cuentas no es sino, en uno de sus dos aspectos, un campo donde el poder, en base a un juego bastante estratégico, se legitima, sirve también a dicho objetivo.

Después de la caída del muro de Berlín y el derrumbe de la «cortina roja» sobre Europa, ante el surgimiento de un nuevo eje o polo global, o, en otros términos, como decían Hard y Negri, un nuevo «imperio» que se afincó en el panorama, Europa no podía permanecer inerte. Así, con la inclusión de Alemania unificada y de nuevos miembros, se fortalecieron sus áreas comerciales y de empresa. Ello, asimismo, exigió una nueva formulación política y de su tradición social, que pasó a asumir los rasgos y enunciados de formas sociales más abiertas a los cambios del sistema económico; pero, con presencia estatal blanda, olvidando, al mismo tiempo, su raíz más atenta a lo social, propia de lo *común europeo*.

Sobre el particular, resulta interesante observar que tanto las directivas de finales de los años noventa de la Comunidad, así como el Tratado de la Unión Europea, tienen un marcado rasgo ordoliberal, bajo la expresión, bastante aceptada en el mundo occidental, y nuestro país no es la excepción, sino véase, si existiese duda, el artículo 58 de nuestra Carta Magna de 1993, donde se hace referencia a la «economía social de mercado», creación adalid de la escuela ordoliberalista.

En efecto, la Unión Europea buscaba asegurar un campo fértil y seguro para el mantenimiento de sus inversiones, para la afirmación y establecimiento de las denominadas «cuatro libertades»: De la circulación de las mercaderías y de las personas, por un lado; y, de los servicios y de los capitales, por el otro, los cuales son considerados «los elementos esenciales de un mercado común, concebido según un modelo de economía liberal».

Frente a este panorama, era necesario, ante un «cuadro común de referencia», en los ámbitos políticos y económicos, una forma jurídica también universal para la Unión. Así, desde un primer punto que interesaba a los actores de este conjunto, el plano contractual, la Comisión Europea, órgano direccional de la Unión, invitó a reflexionar y elaborar «la adopción de directivas concernientes a contratos específicos o técnicas de comercialización particulares». No obstante, ya existían grupos de estudiosos, especialmente conformados por profesores destacados de diversas universidades de Europa, que se habían anticipado y estaban elaborando «*Principles*» o «*Code*» en materia contractual, sin olvidar el ámbito del *common law*, en el cual se recuerda el famoso *Contract Code*, redactado por el profesor Harvey McGregor,¹ por encargo de la *English Law Commission*.

1 McGREGOR, Harvey. *Contract Code*. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, traducción y Nota Preliminar por DE LA CUESTA SAÉNZ, José María y Carlos VATTIER FUENZALIDA. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

Retomando el análisis de política del derecho, necesario para entender el orden adoptado para volver realidad jurídica la necesidad del denominado y proyectado «Código Civil europeo», observamos que se privilegian posiciones dúctiles de tutela de los derechos, en el plano material, frente a la edificación de la economía de la Unión Europea. En efecto, sus repercusiones muestran que también la forma del Estado, como la democracia, común en Europa, es aceptada en la medida en que favorezca tal modelo económico y, al menos, el Estado sea funcional al mismo. De allí que también en Europa se hable de «democracias sutiles», para describir este tipo de Estado «moderno», que se encuentra al servicio de las exigencias de la economía ordoliberal.

En la última década del siglo XX, sin embargo, ha resurgido la idea de un Derecho común europeo, vinculado al proceso más amplio de unificación política y de construcción de una identidad europea.² El Derecho deja de contemplarse como un fenómeno nacional, y se coloca en una dimensión europea. Existe un legislador europeo. Si inicialmente se consideraba que el alcance, tanto de los reglamentos como de las directivas, iba a enmarcarse sólo en el campo del derecho público, con lo que su trascendencia a nivel de derecho privado, en particular de derecho civil, no sería ciertamente relevante, y parecía que la Comunidad Europea (como afirma uno de los mayores estudiosos de la codificación del viejo continente, el profesor Antoni Vaquer Aloy,³ de la Universidad de Lleida, España) se ocupaba tan sólo de subvenciones agrarias y de tasas a la importación, lo auténtico es que los hechos posteriores han venido a desmitificar esta impresión inicial.

No obstante, también un debate sobre la centralidad de la persona y el respeto de la justicia social, podría coadyuvar a un mejor proceso de codificación a nivel del continente europeo.

Como indica Alessandro Somma, profesor de la Universidad de Ferrara en Italia, tener presente a la justicia social y el principio del respeto de la persona, aseguraría al proceso de codificación europeo ser más representativo y legítimo, evitando la imposición de intereses fuertes.⁴

Un modelo solidarista y humanista del proceso de codificación europeo puede ser de utilidad a la codificación civil latinoamericana; pero, sin olvidar que este proceso debe preocuparse de su entorno, elaborar en base a las experiencias sociales, premunidas de los valores de sus pueblos, leyes que se adecuen a la realidad que se pretende normar. Ello no obsta de no ser conscientes de que en este devenir existencial no estamos solos. Todos los pueblos y naciones se encuentran

2 BUSSANI, Mauro y Marta INFANTINO. *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*. Turín: Utet Giuridica, 2010, p. 52.

3 VAQUER ALOY, Antoni. «La vocación europea del Derecho Civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo». En *Estudios de derecho privado*. Córdoba: Ediciones Olejnik, 2016, p. 259.

4 SOMMA, Alessandro. «*Scienza giuridica, economía e política nella costruzione del diritto privato comunitario*». En: *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti, al cuidado de A. Somma*. Turín: G.Giappichelli editore, 2007, p. 233.

en un sólo planeta y, por ende, tienen lazos comunes, rasgos que se equiparan. Pero, a pesar de ser iguales, no somos idénticos. En equivalencia, cada ser humano se diferencia de sus pares por ser único e irrepetible, poseer una biografía singular, tener un código genético que no es igual al de sus semejantes. De esta forma, podemos establecer que, si bien los ordenamientos normativos pueden, y de hecho ocurre, parecerse, no obstante, no son idénticos. Cada uno posee aristas que no se encuentran en sus vecinos, cercanos o lejanos, ello porque cada realidad es rica y los fenómenos sociales son diversos.

En efecto, los países latinoamericanos, para trasladarnos a esta realidad jurídica, conviven en nuestros días con la dependencia de las grandes matrices económicas, culturales, jurídicas, etcétera. Lo más retrógrado en este fenómeno es la dependencia interior o el complejo de inferioridad colectivo, que, por ejemplo, en el caso peruano, el historiador Jorge Basadre certeramente ha analizado al estudiar las consecuencias del conflicto bélico entre Perú y Chile, a finales del siglo XIX.⁵

Algunos autores han planteado la tesis de la «*latin resistance*»,⁶ como escudo o protección ante las influencias negativas del modelo estadounidense. Creemos que la solución no se encuentra en negar lo exterior o foráneo.

Como hemos visto, el ser humano está en íntima interacción con sus pares, sean estos europeos, norteamericanos o asiáticos. Ello exige tener los ojos sin fronteras al mundo; pero, como complemento a la creación, en base a nuestro espíritu y a nuestra tierra, de una estructura genuina en materia económica, política y jurídica.

Pero, regresando a Europa, en el debate sobre su integración jurídica, la cultura y la identidad cultural, pugnan por cobrar el centro de la reflexión sobre el futuro.⁷ El Derecho privado podría erigirse, como ya lo han planteado ilustres maestros del viejo continente, en una nueva señal de identidad de una Unión Europea, que trata de renovar sus originarias características económicas.⁸ La riqueza que supone la diversidad cultural y, por ende, la jurídica, las ventajas de la competición entre ordenamientos legales, las declamaciones sobre la esencia de Europa como ente pluricultural, conducen al debate jurídico algo más que los ecos del conflicto de la globalización versus la diversidad. Debe pensarse, por ejemplo, en la experiencia del proyecto de Código Civil para Inglaterra y Escocia, elaborado por el profesor McGregor,⁹ que ya hemos mencionado, en una realidad

⁵ MATTEI, Ugo. «Quale Codice Civile per l'Europa?». En *Rivista critica del Diritto Privato*. Nápoles: Jovene editore, 2002, año XX, n.º 1, p. 6.

⁶ SEFTON-GREEN, Ruth. *Diversità culturale e codice civile europeo*. Traducción al idioma italiano de AMODIO, Claudia. En: *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, p. 207.

⁷ SOMMA, Alessandro. «Actores y estrategias en la construcción del Derecho europeo de los contratos». En *Introducción crítica al derecho europeo de los contratos*. Traducción de MORENO CRUZ, Pablo Andrés y Javier Mauricio RODRÍGUEZ OLMO. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 21.

⁸ VAGNI, Laura. *La promessa in Scozia. Per un percorso di diritto contrattuale europeo*. Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Diritto Privato e del lavoro italiano e comparato. Milán: Giuffrè editore, 2008, pp. 1-300.

jurídica donde predomina la jurisprudencia, como expresión de su diversidad cultural.⁹

Sobre la armonización o no-armonización del Derecho privado europeo, existen múltiples intereses, predominantemente económicos, que se disfrazan muchas veces de argumentación técnico-jurídica.¹⁰ Los intereses por el poder (económico, jurídico o político) son legítimos, en abstracto;¹¹ pero, es menester tener presente sus objetivos en el momento de examinar la armonización a gran escala del Derecho privado europeo.¹² El argumento económico mediatisa la cuestión sobre la unificación o armonización del Derecho privado europeo. El continente europeo de los ciudadanos aún no ha tomado el relevo a la Europa de los mercaderes.¹³ En consecuencia, la controversia sobre un posible código civil europeo, no sólo debería circular por los caminos de la necesidad económica, sino que las vías culturales y de justicia social deberían construir un camino más sólido hacia el futuro Derecho privado de Europa.

El problema también concierne a la dedicación futura de la ciencia jurídica europea hacia los tópicos del Derecho privado europeo.¹⁴ Como indica el maestro alemán Reinhard Zimmermann,¹⁵ es prematuro pensar en un código civil europeo en buenas condiciones técnicas, incluso, para enaltecer un solo cuerpo de principios como paradigma, ley modelo o esbozo o proyecto de dicho Código.¹⁶ Es sumamente vital una potenciación del Derecho comparado, que se presenta actualmente como la conciencia crítica de la juridicidad, para esclarecer las convergencias y divergencias reales de las soluciones normativas y jurisprudenciales existentes en los diversos ordenamientos jurídicos que conforman la Unión

9 ZIMMERMANN, Reinhard. *Europa y el Derecho romano*. Estudio introductorio y traducción de CRE-MADES UGARTE, Ignacio. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 119.

10 MONATERI, Pier Giuseppe; GIARO, Tomasz y Alessandro SOMMA. *Le radici comuni del Diritto europeo*. Roma: Carocci, 2005, p. 103.

11 PATTI, Salvatore. *Diritto privato e codificazioni europee*, Segunda edición. Milán: Giuffrè editore, 2007, p. 27.

12 ZIMMERMANN, Reinhard. *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el Derecho comparado*. Traducción al castellano de ARROYO I AMAYUELAS, Esther. Barcelona: Bosch, 2008, p. 37.

13 MOCCIA, Luigi. *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del Derecho*. Traducción y edición al cuidado de AGURTO GONZÁLES, Carlos Antonio y Sonia Lidia QUEQUEJANA MAMANI. Lima: Motivensa editora jurídica, 2015, p. 60.

14 VAQUER ALOY, Antoni. *El Marco común de referencia de Derecho privado europeo*. En: La armonización del Derecho de obligaciones y de sucesiones en el siglo XXI. Lima: Jurista editores, 2011, p. 23.

15 ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Traducción de RODRÍGUEZ OLMO, Javier Mauricio. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 137.

16 CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace*. En: Biblioteca «Observatorio de Derecho Civil». Derecho Internacional Privado, Tomo IX. Lima: Motivensa editora jurídica, 2011, p. 109.

Europea.¹⁷ En comparación con la antigua polémica entre Anton Friedrich Justus Thibaut y Friedrich Car von Savigny¹⁸ del siglo XIX sobre la codificación,¹⁹ el camino lento del estudio propuesto en su momento para elaborar el Código Civil alemán, parece abrirse paso firme, al margen de los que aprueban o rechazan un futurable código civil europeo.²⁰

-
- 17 MOCIA, Luigi. *Comparazione giuridica e Diritto europeo*. Milán: Giuffrè editore, 2005, p. 1018.
- 18 ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, p. 35.
- 19 ZIMMERMANN, Reinhard. «El código civil alemán y el desarrollo del Derecho privado en Alemania». En AA.VV.: *Comparación Jurídica y Teoría del Derecho*. Córdoba (Argentina): Ediciones Olejnik, 2015, p. 144.
- 20 ARROYO I AMAYUELAS, Esther. «La contribución al Marco común de referencia de los Principios de Derecho contractual Comunitario». En: Biblioteca «Observatorio de Derecho Civil». El contrato, Tomo I. Lima: Motivensa editora jurídica, 2010, p. 175.

Evaluación de la responsabilidad civil por la mala práxis médica

Carlos Manuel Valdivia Rodríguez*

Sumario: I. Introducción. – II. Conceptos y naturaleza de la responsabilidad civil médica. – III. El consentimiento informado de la actividad médica. – IV. Tratamiento médico y terapéutico. – V. Presupuestos de la responsabilidad civil médica. – VI. Pérdida en una chance de "curación" y daño cierto como secuela de la mala praxis médica. – VII. Análisis de la responsabilidad civil médica en nuestra legislación. – VIII. Reflexiones de la obligación médica de medios y resultados. – IX. La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. – X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los medios de comunicación nos presentan casi a diario noticias sobre algún paciente que es afectado en su salud y que hasta pierde la vida, siendo muchos de esos casos por causa de la mala praxis médica. Entre ellos, encontramos el de una mujer de 77 años de edad que murió producto de una infección que le ocasionó una gasa de gran tamaño que fue dejada durante la operación a la que fue sometida por una hernia en la vesícula en el Hospital Arzobispo Loayza del MINSA, lo cual fue advertido meses después de ser dada de alta en la nueva intervención quirúrgica en el Hospital Luis Negreiros del Callao, al que acudió por presentar nuevamente dolores en el vientre.¹

Este panorama ha generado que el ejercicio de la medicina sea objeto de atención del Derecho en general, tornándose en uno de los campos en que la proliferación de conflictos jurídicos es más notoria por las reclamaciones judiciales

* Abogado y maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villareal (UNFV). Cursando Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina. Maestría en Derecho Civil y Comercial y Doctorado en Derecho, concluidos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Especialización en Derecho Procesal Civil y en otras materias desarrolladas en diversas instituciones especializadas. Expositor y conferencista a nivel nacional, autor de diversos artículos en materia jurídica. Profesor de posgrado en Derecho en la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (UNSCH). Juez Superior Provisional de carrera de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

1 Vid. Recuperado de <goo.gl/XBf9HK>.

que tienen su base en los daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, la relación médico paciente sanitario, en la que durante años jamás se cuestionó la *lex artis*² del médico, sino recordemos si en épocas de nuestros abuelos no se cuestionaba, contradecía o dudaba del diagnóstico del galeno a quien se le debía gran respeto. Sin embargo, dicha situación ha cambiado y hoy, por el contrario, existe un clima de desconfianza y hasta de cierta hostilidad por la poca comunicación del médico con su paciente, es normal que acudamos a tener una segunda o tercera opinión, investigar sobre el medicamento recetado es correcto, sin olvidarnos de la inseguridad que sienten algunos pacientes con respecto al médico tratante o al tratamiento previsto, que deriva de comentarios de otros pacientes y de las noticias frecuentes de denuncias por la mala praxis médica.

Creciendo este interés por el incremento de las denuncias y demandas contra los profesionales de la salud, lo cual va de la mano con los avances de la ciencia médica, que cuestionan ideas que parecían claras hasta algunos años atrás; y, asimismo, una mayor preocupación, de tipo legal, judicial y social, por dichos servicios y una adecuada defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de los mismos, tomándose en cuenta, además, la connotación de derecho fundamental que tiene el *derecho a la salud*,³ que tiene una lógica inclusiva⁴ y que en nuestro país procura también dar protección adecuada, cuando su violación o puesta en peligro afecte dicho derecho, lo cual va de la mano con el *derecho y deber a la información*, por parte de los médicos con el paciente o enfermo, o a sus familiares más próximos.

Dicho panorama resultaba impensado en tiempos primitivos como en la antigua Grecia, en donde se atribuía a los médicos, brujos y hechizeros, poderes mágicos o divinos. Como aconteció también en nuestro antiguo Perú, en donde se practicó la medicina en estrecha relación con la magia y la religión, exigiéndose para entender como profesión la medicina incaica, estudiar la religión, su sistema de adoración y adivinación. Y si nos referimos a los antecedentes juríprudenciales, tenemos que en el siglo XIX fueron resueltos en Francia, dos casos resonantes: En el año 1825, el Tribunal de Domfront falló el del doctor Hélie;⁵ y,

2 Es una técnica de actuación de una profesión, que es empleada para referirse a la apreciación de la labor desarrollada por el profesional, de modo que se logre determinar si la misma es correcta o no, de acuerdo a la diligencia desplegada por el autor y el resultado producido.

3 Que constituye un bien jurídico con tutela explícita o implícita, según corresponda en los ámbitos penal, administrativo, civil y constitucional.

4 Debiendo señalarse que el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC, establece en su Observación General n.º 14 (2000), en el apartado 8, lo siguiente: «*El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud*».

5 En el cual, al atenderse un parto, se cortó los dos brazos del recién nacido.

en 1832, se decidió el del doctor Thouret Nory,⁶ siendo en este último caso, que el Tribunal de Evreux consideró que había mediado culpa grave y falta grosera en la sangría y tratamiento inicial, siendo confirmado dicho fallo por la Corte de Rouen y la de Casación. Así, adquirió esta responsabilidad su real dimensión y transcendencia, especialmente en países desarrollados y grandes urbes, tal como aconteció en Estados Unidos de América en 1970, en que se llegó al extremo de que muchos profesionales se negaron a practicar la medicina, sobre todo en estados en los que por su legislación, existía mayor riesgo de ser presa potencial de demandas por mala praxis médica.⁷

En el Perú, en los últimos años, se han venido incrementando los procesos por responsabilidad civil por mala praxis médica, que se han ido materializando jurisprudencialmente, en los cuales la sociedad busca responsabilizar a los médicos por el ejercicio de su profesión. No se debe sólo a un aumento real y proporcional de dichas situaciones, sino que se debe también a una mayor concientización de la sociedad frente a sus derechos y las obligaciones de sus médicos. En esta línea, Akida⁸ refiere que: «[...] En los años recientes la mentalidad de los pacientes ha cambiado, en otros tiempos el paciente no se atrevía a contradecir la terapia o el tratamiento que el médico le ordenaba, y mucho menos a llevar a su galeno antes los estrados judiciales. Lo anterior era así, porque la confianza de los pacientes en sus médicos era prácticamente total y la profesión médica disfrutaba de un aura de casi santidad, o mejor, sacralidad. Hoy en día, después de los importantes avances y progresos milagrosos realizados en el campo de dominio de la medicina, los pacientes se rehúsan a creer que su caso no tiene solución y rehúsan con toda la fuerza de su convicción interna los panoramas o diagnósticos demasiado pesimista. Los pacientes en esta nueva generación tienden a creer que cualquier fallo o error en el diagnóstico o en el tratamiento se debe a la imprudencia o la negligencia del médico, y no dudan ni por un instante en llevar su caso antes las instancias judiciales con el objeto de obtener un resarcimiento por el perjuicio sufrido».

En dicho sentido, merece especial atención nuestra jurisprudencia nacional y comparada en temas de responsabilidad civil médica, ya que se ha emitido una serie de fallos que no presentan una homogeneidad en los *quantums indemnizatorios* y en donde existe dificultad para acreditar la real magnitud de los daños ocasionados por la mala praxis médica; por lo cual, en el presente trabajo se buscará plasmar esta problemática y analizar los conceptos relevantes de este

6 Quien, al practicar una sangría a un obrero, le hirió la arteria, limitándose a colocarle un vendaje; después, frente al dolor que sufría el paciente, le recetó una pomada y, finalmente, se negó a seguir atendiéndolo, luego de lo cual, otro profesional diagnosticó la existencia de un aneurisma arteriovenoso, debiéndosele amputar el brazo, pese al nuevo tratamiento que se le brindara.

7 TRIGO REPRESAS, Félix A. *Reparación de daños por «mala praxis» médica*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 2008, p. 25.

8 AKIDA, M. *La responsabilité Pénale des Médecins*. Citado por: LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y responsabilidad médica*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2007, p. 53.

tipo de responsabilidad, recurriendo a la experiencia comparada para ello y a algunos comentarios relevantes sobre este tema.

II. CONCEPTOS Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Debemos referir preliminarmente que la esfera de responsabilidad civil genera el deber de resarcir el daño ocasionado a otro⁹ y ésta se encuentra dividida en dos ámbitos, que son el «*contractual*» y el «*extracontractual*» de la relación obligacional, mas no del contrato, como erróneamente se cree, manteniendo ambos sistemas, como conocemos, una marcada diferenciación.

En la doctrina argentina, para que exista la falta médica o el incumplimiento de los deberes profesionales, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Obligación preexistente, b) Falta médica- impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos, c) Daño ocasionado, d) Determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado y e) Imputabilidad (que el médico sea tenido por culpable del daño). Por lo general, este tipo de responsabilidad se constituye como *contractual*, en razón de mediar habitualmente un previo contrato de prestación de servicios médicos-asistenciales entre el facultativo y el paciente. Borda señala: «No obstante, puede darse algunos casos de responsabilidad extracontractual cuando el profesional médico presta sus servicios en ausencia de todo vínculo contractual, como ocurre por ejemplo: Si acude espontáneamente a asistir a la víctima de un accidente callejero, e igualmente en los casos de deceso del paciente y de posterior reclamo indemnizatorio por parte de los deudos, ya que como la mayoría de nuestra doctrina la acción que éstos pueden ejercitar es hoy considerada como *iure proprio* y no *iure hereditatis*, nacida en su propia cabeza y en razón del perjuicio que a ellos les irroga la muerte del enfermo». ¹⁰ La misma sería, entonces, de responsabilidad civil extracontractual, por los parientes del muerto, ajenos y extraños a la vinculación contractual médico paciente;¹¹ sin embargo, debe hacerse referencia a que actualmente, con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial argentino, acertadamente se ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual¹² en una sola, ya no existiendo limitación en cuanto al tipo de responsabilidad alegada por el paciente afectado.

En el caso de la jurisprudencia nacional,¹³ se ha sostenido que ambas vías

9 El artículo 1969 del Código Civil refiere: «Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al deudor».

10 BORDA, citado por TRIGO REPRESAS, Felix A. *Op. cit.*, pp. 26-27.

11 BUERES, Juan. «Responsabilidad Civil de los médicos», Vol. I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1992, p. 171.

12 Aprobado por Ley n.º 26.994, que en su artículo 1716, refiere: «La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme a las disposiciones de este Código».

13 Casación n.º 849-96-AREQUIPA, del 10de julio de 1997, en la que se sostiene que: «La responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas si no que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta

no son opuestas entre sí, pudiendo coexistir dentro de una situación global. Esta sistematización de ambas responsabilidades surge a partir de tomar el elemento daño como centro de gravedad del problema, a pesar de no compartir la naturaleza, tienen como punto de confluencia la misma situación jurídica de la cual parte. Esta idea la vemos precisada claramente cuando surge una violación del «Deber genérico de no causar daño»,¹⁴ existiendo una obligación tácita de seguridad, que se encuentra regulada en nuestra Constitución Política de manera implícita.

En tanto la responsabilidad obligacional es la que genera la obligación de reparar el daño por el incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista un vínculo (extracontractual) o existiendo éste (contractual), se haya llegado a vulnerar este tipo de principio, como lo acabamos de apreciar, lo cual es perfectamente plausible. Comprobándose así, que ambos sistemas no son excluyentes, el recurrente tiene la posibilidad de elegir el criterio a acogerse, «el derecho de opción», mas no podría escoger ambos a la vez.

Asimismo, la línea jurisprudencial antes señala, refiere que lo más importante es reparar el daño subyacente de la negligencia médica, amparado así su derecho, a una tutela jurisdiccional procesal efectiva reconocida en nuestro ordenamiento vigente.

Por otro lado, en relación al *acto médico* Martínez Calcerrada,¹⁵ lo define como: «la prestación o actividad del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente —la llamada *lex artis ad hoc*—, un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud», señalándose a partir de esa definición, la existencia de cuatro elementos del acto médico: La profesionalidad del acto, representada por la intervención de un médico titulado; su ejecución regular o típica, es decir, de acuerdo a las reglas de la *lex artis*; el objeto sobre el cual recae, en este caso, el cuerpo humano; su finalidad directa, que es la curación e indirecta, que es el bienestar del afectado o la salud pública; y, por último, su licitud, la cual viene condicionada por la legitimidad de su autor, la licitud de la finalidad que persigue, su realización con consentimiento del paciente y su ajuste general a la legalidad.¹⁶ Cualquier acto médico, por menor que sea, produce la afectación del bien jurídico integridad personal, el simple hecho de utilizar un bisturí, produce lesión en términos objetivos.¹⁷

Siendo la *responsabilidad civil médica*, por su parte, la puesta en lesión de la integridad personal del paciente, ocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional, el cual genera un cruce del interés positivo (*prestashop*) del

naturaleza, pero tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual».

14 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Grijley, 2013, p. 77.

15 MARTÍNEZ CALCERRADA, L. DM. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 69.

16 MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *Op. cit.*, pp. 70-73.

17 ANGULO GONZÁLEZ, R. D. *Medicina Forense y criminalística*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002, p.15.

acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (*negativo de protección*) a no ver lesionado el derecho subjetivo.¹⁸

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

El respeto por la libertad y la dignidad de los pacientes implica que el *consentimiento* sea uno de los principales presupuestos de la actividad médica.¹⁹ De esta manera, la institución del consentimiento informado tiene dos finalidades fundamentales: Promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional.²⁰

El *consentimiento informado* es la aceptación a realizarse determinado tratamiento propuesto por su médico, de parte del paciente, siempre y cuando haya comprendido tanto el diagnóstico como las características del tratamiento propuesto, alternativas del mismo y, fundamentalmente, los riesgos más frecuentes para su salud, en caso de aceptarlo o no.²¹ Siendo así, puede decirse que el consentimiento informado es la aquiescencia que manifiesta el paciente en someterse a determinado tratamiento, intervención, cirugía u otro tipo de acto médico, teniendo una absoluta claridad sobre las consecuencias, peligros, riesgos y beneficios que le significará el sometimiento a dicho acto, claridad que se debe derivar de una clara explicación y advertencia por parte del médico de los pros y contras de la realización del acto, sin perjuicio de que el paciente pueda informarse de los mismos por otros medios.²²

En tanto el *derecho a estar informado* tiene rango constitucional, y sólo tendrá cumplimiento con la verificación de la obligación del médico de informar adecuadamente al paciente, el consentimiento del paciente sólo tendrá efectos jurídicos válidos si, para otorgarlo, el médico lo ha informado correctamente; de lo contrario, se tratará de un consentimiento viciado por una inducción a error, debido a la información incorrecta que se le presentó para la obtención de ese consentimiento.²³

El médico debe cumplir con su deber de *informar* ampliamente, no sólo para permitir al paciente otorgar un consentimiento libre, sino para protegerse de las eventuales complicaciones que se presenten como consecuencia del inherente riesgo permitido. Para cumplir con ese deber de información, se debe informar con

18 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Nuevos Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rhodas, 2011, p. 722.

19 GOMEZ RIVERO, María del Carmen. *Responsabilidad penal del médico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003, p. 42.

20 *Ibidem*, p. 35.

21 «*El consentimiento nace con el proceso de información que el profesional de la medicina brinda respecto al procedimiento médico/quirúrgico a seguir y el asentimiento del paciente después de ser franca y claramente información del mismo*». MONTANELLI, N. *Consentimiento informado*. Buenos Aires: Editorial García Alonso, 2005, p. 96.

22 LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Op. cit.*, p. 67.

23 CORCOY BIDASOLO, citado por LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Op. cit.*, p. 60.

claridad el resultado de las pruebas exploratorias o diagnósticos, se debe explicar la naturaleza de los pasos o medidas a seguir, para así, obtener un diagnóstico más preciso.²⁴ De igual manera, al paciente se le debe dar a conocer la idoneidad científica y práctica del médico en el tratamiento o terapia escogida, sea o no un acto quirúrgico, resultando claro el derecho del paciente a conocer la capacidad de su médico, lo que facilitará la confianza del paciente en éste, sin olvidar la nueva y difícil relación médico – paciente que se da en nuestros tiempos.²⁵

IV. TRATAMIENTO MÉDICO Y TERAPÉUTICO

El tratamiento médico es definido como aquella actividad profesional del médico, dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar —directa o indirectamente— la salud, o a mejorar el aspecto estético de una persona.²⁶ Y en tanto, *tratamiento terapéutico*, es aquella modalidad del tratamiento médico-quirúrgico dirigida a eliminar, aliviar o disminuir los efectos de una enfermedad. Este último alcance es más limitado, al exigir al autor que se dirija a eliminar, aliviar o disminuir, los efectos nocivos para la salud de una persona, derivados de una enfermedad.

Esta definición incluye la delimitación del sujeto, pues, aunque el tratamiento puede efectuarse por otras personas —enfermeras, otro personal sanitario, curanderos—, estos casos son excepcionales. Consecuentemente, nota característica, será la *profesionalidad*, ya que no cabe concebir que un titulado en medicina que ejerza actos propios de ella, no haga en el ejercicio de su profesión, lo que supone ineludiblemente la actuación conforme a las reglas de la profesión y que le obligan a actuar de una manera determinada, que no alcanza cualquier otra persona.

El *tratamiento médico-quirúrgico*, concebido como una parte de una actividad médica, tiene diferentes facetas. Unas dirigidas directamente a curar, tanto física como psíquicamente y, donde habría que incluir tanto la curación total, un no empeoramiento del retraso de los efectos de la enfermedad e, incluso, el apoyo moral. Estas acciones pueden ser quirúrgicas o clínicas. También es posible incluir la cirugía estética.²⁷

Así, son actos del ejercicio profesional de la medicina²⁸ y que están sujetos

24 LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Op. cit.*, p. 61.

25 CORCOY BIDASOLO, citado por LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Op. cit.*, p. 62.

26 ROMEO CASABONA, quién también refiere: «que es propiamente una acción llevada a cabo por un médico en el ejercicio de su actividad profesional dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo; dirigida a eliminar o atenuar o hacer posible como fuere, la eliminación o atenuación de un estado anormal del cuerpo o de la mente de una persona, o bien el mejoramiento del aspecto exterior de la misma, mediante procedimientos que, puestos en existencia por el médico-cirujano conforme al conocimiento y al ejercicio de la ciencia y de la práctica médica, sean idóneos para ejercer influencia de modo relevante en la integridad del cuerpo humano o en el curso del proceso biológico». Citado por: GOMEZ PAVÓN, Pilar. «Tratamientos Médicos su responsabilidad penal y civil». Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1997, p. 76.

27 GOMEZ PAVÓN, Pilar. *Op. cit.*, p. 77.

28 Conforme a lo regulado por el artículo 24 de la Ley General de Salud.

a la vigilancia de los Colegios Profesionales correspondientes:

- La expedición de recetas, de certificados e informes directamente relacionados con la atención del paciente.
- La ejecución de intervenciones quirúrgicas.
- La prescripción o experimentación de drogas, medicamentos o cualquier producto, sustancia o agente destinado al diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades.

Dentro de las *actividades no directamente curativas*, cabría incluir la exploración y diagnóstico, así como la adopción de medidas profilácticas, en las que el médico se adelanta a la enfermedad, procurando evitarla. Por último, incluye la experimentación científica que se diferencia de la de laboratorio, por el empleo de enfermos, ya que la finalidad última es conseguir la curación de una enfermedad determinada.²⁹

V. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

5.1. Daño

Es primer elemento de la responsabilidad civil, sin él no se puede pensar en una pretensión indemnizatoria. Siendo el daño a la persona en cualquiera de sus variantes integradoras, daño biológico o daño a la salud, directo, indirecto, reflejo o diferido, requiere siempre una condición *sine qua non* en el registro de la responsabilidad civil: *Que en verdad exista*, pues los factores de atribución, el componente subjetivo de la diligencia y aún el de la seguridad, están conectados con la relación de causalidad adecuada; pero, hacen hincapié, ineludiblemente, en que todo lo obrado, captado desde un plano subjetivo, gire en *torno de un resultado dañoso*. De lo contrario, desembocaríamos en soluciones disvaliosas porque no habría en verdad causa de atribución al juzgar de un comportamiento ilícito, pero que no se ha concretado en daño, cualquiera fuera éste en su valoración económica o daño moral.³⁰

5.2. La antijuridicidad

Consiste en la infracción o violación de un deber jurídico preexistente, establecido en alguna norma o regla de Derecho integrativa del ordenamiento jurídico. Dicho deber puede resultar de las propias convenciones del contrato de «asistencia médica» o de la «prestación médico-asistencial», concluido entre el facultativo y su paciente, las que constituyen para ellos una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, o bien tratarse simplemente del deber jurídico genérico, implícito en nuestro ordenamiento.³¹

29 GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Op. cit.*, p. 77.

30 MORELLO, Augusto M y Pedro R. DE LACOLINA. *Sin daño no hay indemnización*. Citado por: TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. cit.*, pp. 29-30.

31 TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. cit.*, p. 33.

5.3. El factor de atribución

La responsabilidad civil del médico habitualmente resulta de su hecho personal, lo que hace que el factor de atribución sea subjetivo, siendo necesario por ello que quien con su obrar fue autor material del daño causado, pueda, además, ser tenido como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo o propiamente culpa o negligencia.

5.4. Nexo causal

Este elemento nos va a permitir establecer la autoría material del médico responsable e, igualmente, determinar qué resultados dañosos podrán ser tenidos como «efectos» de su conducta, en miras de fijarse la extensión o la medida del resarcimiento a su cargo, siendo aquí necesaria la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado y los daños y perjuicios cuya reparación se procure.³²

VI. PÉRDIDA DE UNA CHANCE DE «CURACIÓN» Y DAÑO CIERTO COMO SECUELA DE LA MALA PRAXIS MÉDICA

La pérdida de una oportunidad o «chance», constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél, o sea que «para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades».³³

Esta teoría de la *pérdida de chance* aplicada jurisprudencialmente en países como Argentina y Brasil, en base a la cual las indemnizaciones que se otorguen deberían ser fijadas en relación a esa pérdida de posibilidades de curación o de la «chance», y no en base al daño efectivamente sufrido, en el cual ha influido la propia enfermedad que ya traía consigo el paciente,³⁴ restándose de la estimación pecuniaria del daño cierto, el margen de incertidumbre.

Resultando esta teoría de curación fundamental y su supresión podría perjudicar injustamente, por un lado, para el médico, si verificado el nexo causal se lo hace responsable de todo el daño, aunque la víctima sólo haya perdido una chance; y, por el otro lado, también para la víctima, si ante la incerteza de la relación causal con el resultado, se deja sin indemnizar un daño ciertamente ocasionado, cual es la posibilidad de curación, mejoría o sobrevida.³⁵

32 BUSTAMANTE ALSINA, Hugo. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9º ed. Buenos Aires: Perrot, 1997, p. 519.

33 TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. cit.*, pp. 228-229.

34 ZAVALA DE GONZALES, citado por TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. cit.*, p. 30.

35 Conforme sostiene BUERES, la *pérdida de una chance* constituye un daño actual y cierto, que requie-

En nuestro país no se ha aplicado ello jurisprudencialmente, al no haberse tenido en cuenta este concepto para resolver las controversias derivadas de los daños y perjuicios que se han ocasionado, dado que la frecuente confusión entre la *pérdida de la chance* y el *lucro cesante*, que realizan los letrados en la fundamentación de la demanda, en que pese a que la pretensión guarda dicho contenido al implicar que se les indemniza por la frustración de la oportunidad de no poder cumplir algo, lo peticionan como *lucro cesante*, siendo cuantificado de dicha manera y hasta es desestimado así, por parte de los tribunales de justicia.

VII. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Debe referirse que el artículo 1762 del Código Civil,³⁶ establece que, si la prestación de servicios implica asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.³⁷ Por su parte, el artículo 1330º del mismo cuerpo legal,³⁸ prescribe que el perjudicado tiene que probar el dolo o la culpa inexcusable, por la inejecución de la obligación de la demandada.

Cuando la doctrina se refiere al término médico, se hace referencia también al personal técnico sanitario, clínicas, establecimientos hospitalarios, etcétera. Por ello, nos referimos a los *prestadores de salud*, debiendo el paciente perjudicado sólo alegar el accionar doloso o culposo de los mismos, para que dichos factores de atribución se presuman, si tenemos que especificar la responsabilidad civil médica de la vulneración de la integridad personal del paciente o de su vida,

re que esté probada la relación de causalidad entre el obrar del médico y el detrimento ocasionado; perjuicio que no es el daño integral, sino la disminución de la posibilidad de sobrevida o de la mejoría, o de sanar. Pero, no puede afirmarse con seriedad que hay pérdida de una chance si se soslaya la prueba del nexo causal y se estima suficiente para conceder un resarcimiento abstracto, la sola demostración del daño y una actuación médica no ligada necesariamente a la producción del mismo. *Op. cit.*, p. 332.

36 Artículo 1762.- «Responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos: Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

37 Debe referirse que en la Casación n.º 220-2013-LIMA, de fecha 12 de noviembre de 2013, se ha establecido al respecto: «Que, el supuesto de la norma contenida en el artículo 1762 del Código Civil exige que se trate de problemas técnicos de especial dificultad, supuesto que no se ha presentado en el caso de autos pues el tratamiento a una herida producto de un accidente automovilístico no reviste ninguna dificultad y por tanto de presumirse que los médicos especializados tienen la suficiente experiencia para determinar cuándo procede el uso de uno u otro aparato (calza de yeso o férula), así, se colige que, mientras más consolidadas y experimentadas se hallen las técnicas aplicables a un determinado, lo cual genera una relación de correspondencia entre el escrupuloso respeto del “protocolo” y el éxito de la intervención médica. En cambio, en la medida en que haya incertidumbre sobre los métodos aplicables, o en que se trate de un problema que presente una particular dificultad técnica, la responsabilidad se limitara a los casos en que existe dolo o culpa inexcusable».

38 Artículo 1330: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

en el ejercicio de esta actividad profesional.

El actuar *negligente* no es más que la violación de las reglas que un sujeto debe observar en un comportamiento dirigido a realizar determinados fines, en tanto que la *imprudencia* es la violación de las modalidades establecidas por las reglas sociales para seguir ciertas actividades, mientras que la *impericia*, es la falta de experiencia o de práctica de cualquier sector laboral.

En tanto el médico, como prestador de servicios, con el tratamiento que brinda, genera una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y de obligaciones, en el supuesto de presentarse un caso de incumplimiento, surge el derecho de paciente de obtener una reparación por los daños ocasionados. En la actualidad, no existe controversia de la naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica, puesto que la prestación se deriva de un *contrato de locación de servicios*, a su vez puede convertirse en un contrato de obra e, incluso, en un *contrato atípico* en términos generales. Como en el caso de un paciente que es atendido en un establecimiento hospitalario correspondiente al Minsa, en el que se le otorga servicios gratuitos, no existiendo en este acuerdo de voluntades onerosidad, siendo, por ende, un contrato atípico.

Debe referirse que, en el caso de Argentina, el criterio de la responsabilidad civil derivada de la atención médica en caso de emergencia, lo atribuyen de forma extracontractual; sin embargo, en nuestra legislación es contractual, como se encuentra comprendido en el artículo 39 de Ley General de Salud.³⁹ Este criterio de que la responsabilidad contractual por el hecho de las cosas basadas en un implícito deber de seguridad o garantía, como cargo de las obligaciones nacidas con el contrato, en sí es una obligación de seguridad y de medios por las cosas que se emplean en el desempeño de su profesión, porque desborda la actividad facultativa y el control material que la misma ejerce sobre aquellos (daños causados por las cosas), y todo el alcance de los hechos de dependientes o subordinados de los prestadores de salud a cargo.

VIII. REFLEXIONES DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA DE MEDIOS Y RESULTADOS

Los diversos tribunales han acogido y aplicado el distingo entre obligaciones de «medios» y de «resultados», formulado por el jurista francés René Demogue, luego seguido por los hermanos Mazeaud, pero con la terminología de «obligaciones generales de prudencia y diligencia» y «obligaciones determinadas».

8.1. Las obligaciones de medios

Son las que sólo imponen diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado; pero, sin asegurar la obtención del

39 El artículo 39 de la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, refiere: «Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médica quirúrgica de emergencia cuando lo necesite, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud».

mismo,⁴⁰ siendo el deber de los médicos, en general, de «medios», con una atención diligente e idónea del enfermo, sobre las bases de las reglas de la medicina y su evolución, conforme a sus conocimientos científicos de su profesión, en procura de su curación, pero, sin asegurar que ella se va a lograr, conociéndose a esta obligación como *responsabilidad subjetiva*.

Existe en nuestro ordenamiento el reconocimiento a la responsabilidad subjetiva⁴¹ para los prestadores de salud; pero, algunos juzgadores emplean los artículos correspondientes a la responsabilidad extracontractual para fundamentar y justificar sus fallos, mientras que, por su parte, el artículo 48 de la Ley General de salud,⁴² refiere que los establecimientos son solidarios, de manera contractual y extracontractual, si el médico que desempeña sus labores en él, tiene una relación de dependencia con la estructura sanitaria, por su parte, la relación existente entre el paciente y el establecimiento, origina responsabilidad contractual.

Si un paciente contrata los servicios del establecimiento de salud y éste, a través de los médicos que lo conforman, tiene un actuar negligente, el paciente puede demandar a ambos, asumiéndose el criterio de personas a su cargo o el jefe del equipo.⁴³ De allí que, para eximirse de responsabilidad, deberán acreditar la ruptura del nexo causal, resultando insuficiente la prueba de su no culpabilidad,⁴⁴ que guarda relación con el artículo 1325 Código Civil,⁴⁵ no excluyéndose de la responsabilidad extracontractual subjetiva de los médicos⁴⁶ y el que actúa conjuntamente, la responsabilidad de los médicos sería solidaria.

En dicho sentido, ¿Qué acontecería con los pacientes que actúan con una razón civil diferente a la clínica? Pues, suele ocurrir que los administradores de la clínica, para eximirse de la responsabilidad, prueban que son empresas que

40 Como sostiene DEMOGUE, citado por TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. cit.*, p. 109.

41 CIEZA MORA, Jairo. «La responsabilidad civil médica Criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2013, n.º 231, pp. 72-89.

42 Artículo 48 de la Ley General de Salud, que señala: «El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece».

43 Postura sostenida por LORENZETTI, Ricardo Luis. «Responsabilidad médica». En DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COAGUILA (coord.). *Instituciones del derecho privado. Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006, pp. 127-163.

44 En tanto que, para la responsabilidad contractual objetiva de establecimiento de salud o clínica, podríamos remitirnos a lo regulado por el artículo 1325 del Código Civil.

45 Artículo que refiere: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

46 Conforme lo refiere el artículo 1969 del Código Civil: «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».

contratan a terceros que actúan de manera independiente, es decir, no hay subordinación y, por lo tanto, no hay un contrato laboral.⁴⁷ Esta modalidad debe ser advertida por parte de los juzgadores y emplear los mecanismos necesarios coadyuvados por la normatividad existente, a efectos de desestimar este tipo de fraudes, a fin de que la clínica responda civilmente.

8.2. Las obligaciones de resultados

Aquí se debe conseguir el fin acordado por las partes, buscándose asegurar un efecto determinado del servicio médico sujeto a una obligación de resultado-consumidor, buscando cumplirse un objetivo, consistiendo la carga de la prueba en acreditar el resultado que se pactó en la prestación, conociéndose a esta obligación como una *responsabilidad objetiva*, siendo un claro ejemplo las cirugías estéticas,⁴⁸ por lo que un consumidor razonable consideraría cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el medio por el que ella debe cumplirse. Esta responsabilidad presenta como único eximiente, la culpa a la víctima o de un tercero o por fuerza mayor, debiéndose comprobar la ruptura del nexo causal.

IX. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Como sostiene TARUFFO,⁴⁹ para poder establecer qué parte debe perder la causa por no haber probado un hecho principal, hace falta un criterio que determine «*quién debe probar qué*» en cada situación, afrontándose este problema normalmente por medio de distinciones teórico-jurídicas, acerca de los hechos principales del caso. Dicha reglas, contienen dos aspectos fundamentales, de un lado, se indica cómo el juez debe sentenciar cuando no aparezcan en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben sustentar su decisión y, de otro lado, a las partes, que tienen la responsabilidad de que los hechos que sirven de sustento de sus posiciones aparezcan demostrados.⁵⁰ Por lo tanto, la carga de la prueba de la culpa médica, le incumbe al actor, por cuanto el profesional

47 Estando a lo expuesto por WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. «*La responsabilidad médica y las propuestas legislativas como solución a un complejo problema indemnizatorio de las víctimas de daños en el Perú: análisis y cuestionamientos*». En: CALDERON PUERTAS, Carlos Alberto y Carlos AGURTO GONZÁLES, (coord.). *La responsabilidad civil*, Observatorio de Derecho Civil, Volumen III. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2010, pp. 279-287.

48 Pudiendo en dicho sentido, referirse lo señalado por INDECOPI en la Res 947-2005/ CPC EXP 435-2003. Dte: Hilda Maribel Silva Monroy. Ddo: Juvencio Central Cirugía. Mat: indemnización por responsabilidad civil médica.: «En el presente caso, si bien podría decirse que el consumidor no se vinculó voluntariamente con el doctor Chávez, debido a que no eligió directamente a este profesional para que le prestara el servicio, ello no quiere decir que dicho médico hubiese perdido la condición de proveedor que le otorga la ley, motivo por el cual debe responder por los daños que pudiera causar en el ejercicio de su profesión».

49 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales 2008, p.148.

50 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Montevideo: Editorial IB, 2002, 2.^a edición, pp. 35-40.

sólo asume obligaciones de medio.⁵¹ En este proceso, corresponde *probarse* y se pueden establecer los siguientes supuestos: a) Establecer el daño patrimonial o extra patrimonial, b) Si el acto médico fue negligente y si éste fue por falta de información al paciente, c) El nexo causal, que implica que el acto que afirmamos y no otro acto médico ha ocasionado el daño, d) El grado de afectación, si puede ser superado por el paciente o es irreversible y f) El *quatum indemnizatorio* por los daños reclamados.

Es importante referir que, doctrinariamente se viene invocando la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, que asigna el *onus probandi* a quien se halla en mejores condiciones de probar, siendo obvio que es el profesional médico, quien siempre lo está, si se trata de acreditar que por su parte no hay culpa, debido a sus conocimientos científicos y a la posesión o disponibilidad material de los elementos probatorios indispensables.⁵² Sin embargo, debe referirse que la aplicación de esta teoría de carga probatoria, no ha sido acogida legislativamente en sede nacional; pero, ha sido acogida por parte del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.º 1776-2004-AA/TC, que ha establecido que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es posible utilizar la carga probatoria dinámica, lo cual significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba, cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso, así también ha sido acogida esta teoría por parte del tribunal de INDECOPI⁵³ y de la Corte Suprema de Justicia de la República.⁵⁴

Por otra parte, debe mencionarse la importancia del valor como prueba en este proceso que tiene la «*historia clínica*», dado que para los profesionales

51 Que es el criterio seguido jurisprudencialmente, entre otros países, por Argentina, porque, en el caso de nuestra legislación, la carga de la prueba va a depender de cómo sea planteada la pretensión indemnizatoria. Si es *contractual*, se seguirá dicho criterio; pero, si es *extracontractual*, conforme a lo previsto por el artículo 1969 del Código Civil, se invertirá la carga de la prueba a favor del autor del daño.

52 Como se ha establecido jurisprudencialmente en Argentina, CNCiv. Sala H,9/12/05, «Osedin c. H., M.A.», RCyS, 2006-1356 (63-S).

53 Conforme a lo resuelto por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y la propiedad intelectual de INDECOPI, en el Expediente n.º 327-96-C.P.C, en el que la denuncia se interpone contra la agencia de viajes Finantour S.R.L, a través de la Resolución n.º 102-97-TDC, señalándose: «la carga de la prueba sobre si se informó o no al consumidor respecto de la existencia de escalas que no eran previsibles empleando su diligencia ordinaria debe ser asumida por aquél que maneja esta información y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre tal hecho: el proveedor es quien se encuentra en mejor posición para poder demostrar si efectivamente informó al consumidor sobre estas circunstancias no previsibles».

54 Estando a la Casación n.º 1385-2004-LIMA, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 31 de mayo de 2005, en un proceso de nulidad de acto jurídico, refiriéndose: «El colegiado ha desestimado pues las máximas de la experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que la simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el Colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98 [...]».

sanitarios, al contener, con criterio de unidad, toda aquella información sanitaria relativa al procedimiento clínico del enfermo, desde su ingreso a un centro sanitario hasta su total curación, alta médica o deceso y demás hechos o circunstancias relevantes que se susciten a lo largo del tratamiento o intervención, constituyendo las anotaciones que los médicos efectúan de estricto índole profesional y de fundamental importancia, que deben ser efectuadas con rigor, precisión y minucia. Por ello, las historias clínicas que sean llevadas en forma deficiente o incompleta, no deberían causar perjuicio alguno al paciente, dado que para demostrarse la negligencia médica, el juzgador debe agenciarse de otros elementos probatorios que le permitan generarse convicción y, además que es responsabilidad del profesional médico llenar este instrumento de manera veraz y completa, pues, en caso contrario, podría interpretarse que dichas omisiones que pudieran detectarse como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias y defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado.⁵⁵

Evidentemente, los datos consignados en la *historia clínica*, son importantes en el supuesto que se quiera acreditar la mala praxis médica, admitiéndose su actuación dentro del proceso de responsabilidad civil, en el cual, incluso, podría ser sometida a pericia médica, sobre lo cual, en mi ejercicio profesional, he podido observar que para practicarse una pericia médica a una historia clínica, es de verdad una tarea difícil y larga,⁵⁶ porque existe entre los propios médicos un falso espíritu de cuerpo, de no querer evaluar a un colega que ha incurrido en mala praxis en el ejercicio de sus funciones y buscan excusarse de efectuar dichas pericias y solicitando su subrogación, generándose una dilación indebida del proceso. Éste debe ser un aspecto que debería ser mejor regulado por parte del Colegio Médico del Perú, con relación a sus agremiados en coordinación con las REPEJ de cada Corte Superior de Justicia, para evitar, de esta manera, generar una mayor carga a la víctima.⁵⁷

X. CONCLUSIONES

- La naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos (prestadores de salud), podrá ser contractual o extracontractual, mientras se proteja el interés legítimo de la víctima a la cual se ha causado daño. Siendo su respon-

55 Que es el criterio jurisprudencial que se sigue en Argentina, donde se ha dado un mayor desarrollo y aplicación de la carga dinámica de la prueba.

56 Como lo pude verificar en la tramitación de un proceso de indemnización por responsabilidad civil médica correspondiente al Noveno Juzgado Civil de Lima, en el cual para efectos de practicarse una pericia médica, a fin de evaluarse las instrumentales aparejadas que acreditaban los daños ocasionados en la salud de la víctima, se designaron hasta doce médicos del listado remitido por el Colegio Médico del Perú, y todos se excusaban de practicar la pericia o solicitaban su subrogación por diversos motivos, lo cual hizo que dicha prueba no pudiera realizarse por espacio de más de año y medio, aproximadamente.

57 VALDIVIA RODRÍGUEZ, Carlos Manuel. «Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica». En: Revista Actualidad Civil n.º 28, octubre 2016. Lima: Instituto Pacífico.

sabilidad siempre subjetiva, al responder por el ejercicio doloso o culposo de su actividad.

- En nuestro país, con la promulgación de la Ley General de Salud, se precisó que los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de sus actividades (responsabilidad subjetiva); mientras que, para los establecimientos de salud, llámeselos hospitales, clínicas y postas médicas, esta responsabilidad es objetiva. Basta que el paciente perjudicado alegue dolo o culpa del prestador de salud, para que dicho dolo o culpa se presuman, correspondiendo a éste la prueba en contrario, o sea, demostrar la inexistencia de dolo o culpa en su conducta.
- Para evitarse que se sigan presentando los diversos casos de responsabilidad médica que se presentan actualmente, muchos de los cuales se generan por desconocimiento o falta de información adecuada, los profesionales médicos respetando el derecho a estar informado del paciente, deben cumplir con informar ampliamente al paciente sobre los pasos o tratamiento a seguir, el resultado de las pruebas exploratorias o diagnósticos, sea o no quirúrgico, para que el paciente conozca la capacidad de su médico, lo cual le generará confianza y éste expresará su *consentimiento* al estar debidamente informado.
- Podrían los juzgadores en los procesos de responsabilidad civil médica, aplicar excepcionalmente la «teoría de la cargas probatorias dinámicas», como se ha venido desarrollando doctrinaria y jurisprudencialmente y que incluso está siendo considerada dentro de las reformas planteadas al Código Procesal Civil; pero, sin afectarse el debido proceso de la parte contraria y sin esperar llegarse a la conclusión de la etapa probatoria para su empleo, sin el previo conocimiento de las partes procesales, que podrían derivar en decisiones arbitrarias y cuestionadas. Por ello, debe emplearse en aquellos casos en que aparezca de manera evidente que una de las partes tiene el control sobre la prueba o que el acceso a la misma para la otra parte, se dificulta o le resulta oneroso, como acontece en los casos por mala praxis médica que hemos analizado, lo cual, va a permitir también cambiarse el criterio jurisprudencial existente, en torno a los «quantum indemnizatorios», que giran en torno a la carga de la prueba.⁵⁸
- La valoración de la prueba tiene que estar guiada a la «*presunción de la negligencia*», ésta debe aparecer como la causa más probable, el profesional

⁵⁸ Que hacen que muchas veces se indemnice de manera ínfima a la víctima de la mala praxis médica o se desestime la pretensión accionada, por no haber tenido de repente control o acceso a la prueba, como pudo verificarlo en el caso del fallo en el que se declaró infundada la demanda, por no cumplirse con la carga probatoria el paciente dañado (Expediente N° 1998-2005. 7º Sala Civil - Dte: Patricia Rosario Miera Miranda. Ddo Clínica Ricardo Palma. Mat: indemnización por responsabilidad civil médica)

al que se le imputa la responsabilidad, debe tener el control del paciente y del instrumento, si no hay posibilidad de control, no hay culpa teniendo como efecto la presunción de una negligencia, eximiendo de otros medios probatorios al demandante. Este criterio es aplicado en el Derecho español, analiza la prueba de presunciones y el hecho que la culpa no se presume, siendo posible que, de un hecho demostrado, se deduzca otro y no debe existir varias causas que debieron suceder el daño. Otro tipo de prueba lo constituye la *primie facie*, que deduce la causalidad y la culpa de las máximas de experiencia (primera impresión), se prueba unos sucesos típicos en los que se ha comprobado un estado de cosas que, según la experiencia de la vida, indica la existencia de una causa determinada, lográndose una verdadera la inversión de la carga en las obligaciones de medios, debiendo ellos probar que actuaron con diligencia.

XI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

ANGULO GONZÁLEZ. R.D. R.D: *Medicina Forense y criminalística*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2002.

BUERES, Juan. «*Responsabilidad Civil de los médicos*». Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1992, vol. I.

BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Perrot, 1997, 9.^a edición.

CALDERON PUERTAS, Carlos Alberto y Carlos AGURTO GONZALES (coord.). *La responsabilidad civil*. Observatorio de derecho civil. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2010, vol. III.

CIEZA MORA, Jairo. «La responsabilidad civil médica Criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización». En: *Actualidad Jurídica*, n.^o 231. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2013.

DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COAGUILA (coord.). *Instituciones del derecho privado. Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Nuevos Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rhodas, 2011.

GOMEZ PAVÓN, Pilar. «*Tratamientos Médicos su responsabilidad penal y civil*». Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1997.

GOMEZ RIVERO. *Responsabilidad penal del médico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

MARTÍNEZ, CALCERADA, L. DM. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y responsabilidad médica*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

ROSENGERG, Leo. *La carga de la prueba* Montevideo: Editorial IB, 2002, 2.^a edición.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Grijley, 2013.

TARUFFO, Michele. «La prueba». Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2008.

TRIGO REPRESAS, Félix A. *Reparación de daños por «mala práxis» médica*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 2008.

VALDIVIA RODRÍGUEZ, Carlos M. «Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica». En: Revista Actualidad Civil, n.º 28, octubre 2016. Lima: Instituto Pacífico.

Las «doctrinas jurisprudenciales» establecidas por el I Pleno Casatorio Civil

*Jhoel Chipana Catalán**

Sumario: I. Necesaria precisión. – II. Los hechos y las posiciones de las partes. – III. Las “doctrinas jurisprudenciales” establecidas por el I Pleno Casatorio Civil. – IV. La relación entre el I y el IX Pleno Casatorio Civil. – V. Conclusiones.

I. NECESARIA PRECISIÓN

Debemos advertir al lector que el presente artículo busca comentar, de manera muy precisa y crítica, las «reglas» que constituyen «doctrinas jurisprudenciales» elevadas a ese rango por el Primer Pleno Casatorio Civil (en adelante, el Pleno).

A tales efectos, debe recordarse que dicho Pleno fue emitido con fecha 22 de enero de 2008, cuando el artículo 400 del Código Procesal Civil tenía una redacción distinta a la que hoy se encuentra vigente. En el siguiente cuadro podemos apreciar ambos artículos e identificar de manera clara sus diferencias:

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos de maestría en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de Marcos. Es Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Adjunto de Cátedra en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ejerce la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre. j.chipana@pucp.pe

ARTÍCULO ORIGINAL ¹	ARTÍCULO VIGENTE
<p>Artículo 400.- Doctrina jurisprudencial Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.</p> <p>La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.</p> <p>Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.</p> <p>El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.</p> <p>El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.</p>	<p>Artículo 400.- Precedente judicial La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.</p> <p>Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.</p> <p>El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.</p>

Como se aprecia, hay modificaciones de forma y de fondo. No es objeto de este trabajo analizarlas en detalle, pero sí queremos resaltar la modificación que ha sufrido la frase «doctrina jurisprudencial» que hoy se denomina «precedente judicial», el mismo que sólo podrá ser modificado a través de otro precedente. Antes, ello no se entendía de esa forma, pues la norma contenida en el artículo 400 era bastante laxa en el tratamiento de esta figura.

Sin duda, la figura del precedente judicial en materia civil ha tomado, desde el año 2008, especial importancia en todo el sistema jurídico peruano. Sin embargo, surgen una serie de dudas que no analizaremos en este trabajo, pero que nos inquietan, ya que cuando se habla de algún Pleno Casatorio Civil¹ (y de los precedentes vinculantes que nacen de ellos), se origina la pregunta relativa a si el precedente constituye una fuente de derecho.² No hablamos ya siquiera de la

1 Interesante opinión sobre la verdadera necesidad de convocar plenos casatorios en algunos casos se puede apreciar en: ARATA SOLÍS, Moisés. «La jurisprudencia de nuestro tiempo: del precedente persuasivo al precedente vinculante». En: *Los Plenos Civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos a sus reglas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 12 y ss.

2 Sobre el concepto de «Fuente del Derecho», se puede consultar, entre otros, a: GUASTINI, Riccar-

jurisprudencia como fuente de derecho, sino de una norma de origen judicial que estaría creando Derecho, como ocurre en el presente caso.

Durante los últimos años ha sido incesante la discusión en torno a este tema (propio de la teoría general y la filosofía del derecho), pues se toma como referencia el hecho de que pertenecemos al sistema del *civil law*, de tal suerte que, en estricto y en el medio en el que nos encontramos, no se podría hablar de la jurisprudencia como una verdadera fuente del derecho, ya que ella no es, ni por asomo, uniforme y la predictibilidad (que es uno de los elementos de la jurisprudencia como fuente en el *common law*) tampoco se presenta.³

En ese sentido, si la jurisprudencia no podría ser fuente de derecho en el Perú, ¿cómo es que un precedente judicial podría serlo? ¿La sola existencia del artículo 400 del Código Procesal Civil permite hablar de una verdadera fuente de Derecho representada en los precedentes judiciales? ¿Al aplicarse las reglas del precedente a distintos casos, no estaríamos hablando de una jurisprudencia uniformizada que haga predecibles las respuestas de los casos similares al resuelto por el Pleno? ¿Es constitucional⁴ la convocatoria, el desarrollo y el resultado de un Pleno?

Estas y muchas otras son las preguntas que surgen cuando uno quiere abordar el estudio de un precedente en particular y es que, en puridad, existen muchas situaciones en las que dichos precedentes no deberían aplicarse a un caso concreto y para ello bastará una debida motivación de parte del juez.⁵ Así, esa «vinculatoriedad», que es característica de un precedente judicial, se vería relativizada.

Dejando sobre el tapete estas necesarias interrogantes, en cuyo análisis nos encontramos sumergidos y que es objeto de otro trabajo, vamos a recordar los hechos concretos del caso y, posteriormente, analizar las reglas establecidas en el I Pleno Casatorio Civil.

II. LOS HECHOS Y LAS POSICIONES DE LAS PARTES

La demanda se sustenta en un accidente producido el 2 de junio del año 2000, cuando el chofer Arturo Blanco Bar conducía el camión con placa de rodaje

do. *Las fuentes del Derecho*. Lima: Raguel Ediciones, 2016, pp. 99 y ss.

3 En nuestro medio, existen defensores de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Ver: ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *Teoría del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 147-149

4 La profesora Ledesma comenta esta situación (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «Primer Pleno Casatorio Civil: ¿El fin justifica los medios?». En *Derecho & Sociedad*, n.º 32, 2009, pp. 315 y ss.

5 En este punto queremos dejar sentada nuestra posición, en el sentido de que no compartimos la tesis de quienes sostienen la posibilidad de apartarse de un precedente de observancia obligatoria recurriendo a la aplicación de figuras jurídicas extranjeras propias del *Common law*, las mismas que están representadas, básicamente, por el *distinguishing* y el *overruling*. Decimos ello, debido a que bastaría con una debida motivación plasmada en la sentencia para que el juez se aparte y no aplique dichos precedentes. De otro lado, sobre un adecuado entendimiento de una verdadera y seria técnica de importación normativa, se puede consultar, entre otros, a LEÓN HILARIO, Leysser. *El sentido de la codificación civil*. Lima: Palestra, 2004, pp. 285 y ss.

n.º YG-9621, marca Volvo, de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., en el que transportaba mercurio de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima.

Es así que durante el transporte se produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, dando lugar a que un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieran el mercurio sin saber los efectos dañinos del mismo. Posteriormente, entre las 17:30 y 17:40 horas del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente ciento cincuenta y dos kilogramos de mercurio en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, El Tingo, San Sebastián y Magdalena (es decir, en una longitud aproximada de veintisiete kilómetros de la carretera).

Se debe tener en cuenta que, por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta la madrugada del día siguiente de producido el accidente, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, los familiares de las personas que recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a la inhalación de los gases que emanaba dicho metal.

Ante ello, la señora Giovanna Angélica Quiroz Villaty interpone demanda por su propio derecho y en representación de sus hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walker Steve Cuenca Quiroz, a través de la cual emplaza a la Empresa Minera Yanacocha, y le solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual.

En ese entender, como pretensión principal, se solicitó el pago de US\$ 1'800,000.00 por daño material (daño bioambiental y daño a la salud personal) y daño moral. Dicho monto iba a ser distribuido de la siguiente manera: US\$ 400,000.00 a favor de la accionante; US\$ 500,000.00 a favor de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz; US\$ 500,000.00 a favor de su hijo Euler Mendoza Quiroz; y US\$ 400,000.00 a favor de su hijo José Mendoza Quiroz.

Por otro lado, como pretensiones acumuladas objetivas accesorias se solicitó:

- a) El pago de un seguro médico y seguro de vida a favor de la demandante y de sus hijos por una suma no menor a US\$ 100,000.00, por el lapso de quince años, con cobertura a todo riesgo, incluyendo enfermedades oncológicas.
- b) Que la demandada cumpla con descontaminar completamente y de modo óptimo sus viviendas de los materiales químicos cuya presencia ha generado los daños cuya reparación se demanda.
- c) El pago de los intereses legales devengados, así como la condena de costos y costas procesales y las multas en caso de oposición.

Cabe anotar que la demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica, pues no contaba con un plan maestro de contingencias, lo que propició un mayor nivel de intoxicación al pretender, dicha empresa,

comprar el mercurio derramado a quien lo hubiera recogido. También se sostiene que la empresa tuvo un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio, hecho que se aprecia en la declaración del chofer del camión.

Al contestar la demanda, Minera Yanacocha sostiene que no fue informada oportunamente por el chofer de la empresa Ransa Comercial S.A. (encargada del transporte) del derrame y que al tomar conocimiento adoptó las medidas necesarias para evitar perjuicios, informando sobre la toxicidad del producto. Sin embargo, dicha empresa sostiene que ello resultó infructuoso debido a la negativa de los pobladores a devolver el mercurio que recogieron y guardaron en sus hogares. En ese sentido, la causa determinante de la exposición y elevación del nivel del mercurio en el organismo de los pobladores afectados fue su propia imprudencia.

Asimismo, Minera Yanacocha manifiesta que el hecho de que la demandante y sus menores hijos hayan presentado niveles de mercurio mayores a los normales en su organismo, como consecuencia del derrame producido, no necesariamente implica que éstos se hayan intoxicado por dicho elemento, pero en todo caso se deben tener en cuenta las transacciones extrajudiciales que se celebraron con ella y sus hijos, teniendo dichos actos jurídicos calidad de cosa juzgada en mérito a lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil.

Cabe precisar que tanto Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, sostienen que se limitaron a transportar los balones que contenían el mercurio y que fue Minera Yanacocha quien no cumplió con entregar la mercadería al transportista en condiciones adecuadas para un traslado seguro. Además, sostienen que se ha presentado el supuesto de fractura causal por el hecho propio de la víctima, pues no fue el derrame de mercurio lo que ocasionó daños a la demandante, sino su negligencia al manipularlo, llevarlo a su hogar y exponer a su familia a los gases tóxicos.

III. LAS «DOCTRINAS JURISPRUDENCIALES» ESTABLECIDAS POR EL I PLENO CASATORIO CIVIL

Las reglas que el Pleno bajo análisis estableció fueron dos. A continuación, el análisis de cada una de ellas.

3.1. La transacción extrajudicial sí puede oponerse como una excepción procesal

La primera pregunta que desarrolló este Pleno fue si una transacción extrajudicial puede oponerse como defensa de forma a través de una excepción procesal, o sólo cabe plantearla como defensa de fondo al momento de contestar la demanda. El Pleno acogió la primera alternativa.

La interrogante surgió debido a que el Código Procesal Civil establece en su artículo 446, inciso 10, que el demandado sólo puede proponer excepción de conclusión del proceso por transacción, es decir, se entendía que la norma se refería a una transacción judicial.

Para entender la posición del Colegiado, vamos a partir por recordar que la

figura de la excepción es entendida, según el profesor Monroy,⁶ como un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción. Dentro de esa misma línea de pensamiento, Alsina⁷ señala que la excepción es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se límite a impugnar la regularidad del procedimiento.

Cabe precisar que las excepciones pueden ser sustanciales o procesales, dependiendo de qué es lo que se cuestione. Si formulamos hechos impeditivos, modificativos o extintivos propios de la obligación en sí, nos estaremos refiriendo a una excepción sustancial; sin embargo, si lo que cuestionamos son los presupuestos procesales (formales o materiales), nos encontraremos ante una excepción procesal. Es por ello que la disputa se resuelve determinando qué es lo que ataca la transacción extrajudicial.⁸

En ese sentido, los lamentables sucesos ocurridos en nuestro país, permitieron realizar un análisis que, visto desde una perspectiva sesgada, parecía tener una naturaleza enteramente procesal (es decir, la procedencia y posterior amparo de una excepción). Sin embargo, nosotros creemos que la discusión no sólo era de ese tipo, sino que el análisis también exigía el estudio de aspectos sustantivos, los cuales recaían, principalmente, en la figura de la transacción tal cual se encuentra regulada en nuestro Código Civil.

Hasta aquí podríamos señalar que la norma procesal es clara al establecer con absoluta claridad que un supuesto para deducir una excepción al interior de un proceso, es la transacción. Así, nótese que, en estricto, la discusión pasa por entender si esa referencia recae sobre una transacción judicial o extrajudicial, o ambas.

Hay un viejo adagio que reza que no cabe distinguir allí donde la ley no lo hace y a continuación analizaremos si el mismo es aplicable, o no, a nuestro caso, pues si lo fuera no entendemos por qué es que, *a priori*, se niega la posibilidad de que una transacción extrajudicial no pueda ser objeto de una defensa de forma, máxime si es que la norma procesal habla, a secas, de transacción.

Teniendo esto en cuenta, corresponde analizar la figura de la transacción, pues de dicho análisis podríamos obtener un escenario más claro para saber si la transacción extrajudicial está incluida dentro de los supuestos que pueden permitir interponer una excepción, en los términos del artículo 446, inciso 10, del Código Procesal Civil.

⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium, 1987, pp. 102 y 103.

⁷ ALSINA, Hugo. *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: EJEA, 1958, p. 17.

⁸ Cfr. CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. «Recordando el Primer Pleno Casatorio en materia civil: la transacción extrajudicial como excepción procesal». En: *Los Plenos Civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos a sus reglas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 33.

Doctrina argentina ha sostenido que, en un sentido vulgar, transacción es cualquier convenio, concierto o pacto entre dos personas, como por ejemplo una transacción inmobiliaria que alude a la negociación referente a un inmueble, o las transacciones mercantiles que se realizan en las bolsas de comercio. En un sentido técnico —se señala— la transacción es un convenio específico, que se define por su finalidad y por los medios escogidos para alcanzarla; el fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado, por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamientos.⁹

Por su parte, el profesor Moisset de Espanés¹⁰ señala que la transacción es un medio de solucionar no solamente un diferendo entre acreedor y deudor, sino que también es un medio de poner fin de manera definitiva, por ejemplo, a derechos reales, a derechos sucesorios. Puede tratarse no sólo de obligaciones, porque con eso quedará empequeñecida la cuestión; resulta más correcto hablar de situaciones jurídicas dudosas, o situaciones jurídicas que están sometidas a pleito, que pueden pertenecer tanto al derecho de obligaciones como al derecho real o al derecho sucesorio.

Levenhagen,¹¹ comentando el artículo 1025 del Código Civil brasileño de 1916, señala que la transacción es el acto jurídico por el cual los interesados previenen o terminan el litigio mediante concesiones mutuas. Así, si bien la naturaleza jurídica de la transacción encuentra en la doctrina y en el mismo Derecho Internacional fuerte antagonismo —puesto que hay quienes la conceptúan como contrato (contrato sinalagmático, consensual y a título oneroso)—, él considera que no obstante exigirse, para su existencia legítima, los mismos elementos imprescindibles que para los contratos (como la capacidad, objeto lícito, consentimiento válido, etcétera), otras condiciones especiales deben integrarla y, entonces, siendo un acto jurídico, no puede ser incluida entre las formas de contratos, pues éstos crean obligaciones y la transacción apenas adecua situaciones en cuanto a derechos ya existentes, ya creados.

Dentro del medio nacional, Osterling y Castillo¹² destacan que la transacción, como acto jurídico que es, debe reunir condiciones legales, algunas de las cuales son comunes a cualquier acto jurídico,¹³ pero otras —como la objeción

9 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 4^a edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, tomo III, pp. 71 y 72.

10 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Zavalía, 2004, tomo III, p. 154.

11 LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Código Civil. Comentarios didáticos*. Direito das Obrigações. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1978, p. 163.

12 OSSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. 2^a edición. Lima: Thomson Reuters, 2014, volumen IV, p. 1925.

13 La jurisprudencia nacional ha reconocido que la transacción es un acto jurídico. En efecto, se ha señalado que la «Transacción es un acto jurídico bilateral y consensual donde, al hacerse mutuas y recíprocas concesiones, las personas extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, constituyendo el documento privado que la contenga un título ejecutivo» (Expediente n.º 1588-

sobre la relación jurídica y las concesiones mutuas — son específicas para su caracterización. Respecto a estas dos características particulares de la transacción, señalan los citados autores que se trata del eje sustancial (y no meramente formal) de la figura. Hay códigos civiles que plasman este aspecto. Por ejemplo, el Código Civil alemán (BGB) es bastante expresivo al mencionar el factor incertidumbre sobre su relación jurídica, elemento sustancial para entender el concepto e importancia de la transacción. Así, en su artículo 779, define a la transacción como un acuerdo por el que se termina por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho. Asimismo, el Código polaco de las Obligaciones también incide sobre este aspecto, crucial para la existencia de la transacción, y así vemos que en su artículo 621 establece que las concesiones recíprocas pueden tender a concluir un litigio existente, prevenir un litigio a producirse, suprimir la incertidumbre respecto de las pretensiones derivadas de una relación jurídica o asegurar su realización. Concluyen los citados profesores señalando que, por medio de la transacción, las partes transforman un estatus jurídico inseguro por otro seguro, a través de sus mutuas concesiones.

Por otro lado, surge la interrogante en el sentido de cuál es la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial. Esta «supuesta distinción» se relaciona directamente con la regla establecida como doctrina vinculante por el Pleno bajo análisis. Sin perjuicio de la obvia distinción (referida a que una se da al interior de un proceso judicial, y la otra fuera de éste), creemos que lo sustancial pasa por analizar los alcances de la frase «con calidad de cosa juzgada» que contiene el artículo 1302 del Código Civil, que es el precepto que regula de manera general la figura de la transacción, el mismo que establece que:

Artículo 1302.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada.

En ese orden de ideas, creemos pertinente partir por citar lo que señaló la Comisión Revisora del Código Civil peruano,¹⁴ pues ello nos permitirá entender la voluntad que tuvo el legislador al momento de incluir y redactar el ya citado artículo 1302 del Código Civil. Veamos:

El tercer párrafo (del artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984), introducido por el legislador a propuesta de los doctores Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza y Cárdenas Quirós y con la redacción del Dr. Zamalloa Loaiza, se inspira en la parte final del artículo 850 del Código Civil Argentino.

Tiene por objeto reafirmar que los asuntos dudosos o litigiosos y aun los no controvertidos, siempre que las partes se hayan efectuado concesiones recíprocas, no pueden reabrirse y

2005-Lima).

14 BIGIO CHREM, Jack. «La transacción. Exposición de Motivos del Código Civil». en diario oficial *El Peruano*. Separata especial. Lima, 3 de diciembre de 1990, p. 8.

ellas no pueden exigirse el cumplimiento de los derechos a que han renunciado, declinado, o disminuido por la transacción y si alguna quisiera discutir la cuestión transigida, la restante podrá oponerle exitosamente la excepción de transacción (artículo 317 del Código de Procedimientos Civiles).

Tanto la transacción judicial cuanto la extrajudicial tiene valor de cosa juzgada. No es privativa de aquélla tal característica.

Al comentar el artículo 850 del Código Civil Argentino, Rezzónico sostiene que la transacción, al igual que la sentencia con fuerza de cosa juzgada, se tiene por verdad y concluye definitivamente la cuestión [...].

La circunstancia de que la transacción tenga el valor de cosa juzgada y por tanto, no se permita revivir la controversia sobre los derechos anteriores a la transacción (cuya discusión dio lugar a ella), es sin perjuicio de que la parte transigente perjudicada con el incumplimiento de la otra, pueda solicitar la resolución del contrato, judicial o extrajudicialmente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil, en razón de que la transacción es un contrato con prestaciones recíprocas.

Esta situación puede originarse en el caso de que la transacción sea creativa de relaciones jurídicas diversas de las controvertidas. Tal hipótesis puede ocurrir cuando en un litigio sobre cumplimiento de contrato, el comitente y el contratista de una obra ponen fin al pleito por transacción y, además, mediante ésta, las partes acuerdan llevar a cabo una nueva operación comercial, bajo la forma de compraventa de cosa futura. Es indudable, pues, que en esa eventualidad, de acuerdo al párrafo tercero del precepto, tienen valor de cosa juzgada la relación litigiosa extinguida y la creada por la transacción. Sin embargo, se permite que la parte que resulte perjudicada por el incumplimiento de la otra (el comprador de un bien futuro por falta de entrega de éste en el plazo estipulado), solicite la resolución de la transacción.

Nótese que en el ámbito civil la propia Comisión le ha dado a la frase «cosa juzgada»¹⁵ el mismo valor que lo que por ella se entiende en el ámbito procesal. Así, si seguimos un método interpretativo no sólo literal, sino también uno que tenga como punto de referencia la voluntad del legislador, vemos que esta aseveración va a resultar relevante para atacar la posición que niega esa equiparabilidad de la cosa juzgada regulada para la transacción extrajudicial en el Código Civil, con la cosa juzgada entendida como tal en sede procesal.

Sin embargo, debemos precisar que en este caso el legislador ha confundido conceptos, pues la figura de la cosa juzgada no puede ser aplicada en el ámbito privado, ya que para que ella exista se requiere de la existencia de una *litis*. Por lo demás, las Exposiciones de Motivos de un cuerpo normativo no son vinculantes directamente, y sólo se podrán recurrir a ellas cuando exista algún extremo ambiguo o cuando se presente la oportunidad de otorgar contenido a una norma, pero en todos los casos se tendrá que estar ante una argumentación que otorgue consistencia y solidez a la conclusión a la que se arribe.

15 El tercer párrafo del artículo 1302 declara que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada. Esta regla, que no consignó el Código de 1936, fue incluida por la Comisión Revisora y tiene como antecedentes inmediatos los artículos 1728 del Código de 1852, 850 del Código argentino, 949 del Código boliviano, 2483 del Código colombiano, 2460 del Código chileno, 2052 del Código dominicano, 2386 del Código ecuatoriano, 1816 del Código español, 2052 del Código francés, 2953 del Código mexicano y 1718 del Código venezolano. (En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. 2^a edición. Delia Revoredo (Compiladora). Lima: Thomson Reuters, 2014, Tercera Parte, volumen V, p. 541).

Así las cosas, creemos que es un error el que se haga referencia en el artículo 1302 a la figura de la cosa juzgada. Una transacción extrajudicial no puede, por su naturaleza, tener tal calidad. Estamos, pues, ante un error que ha sido positivizado.

En este punto cabe anotar que la doctrina francesa ha sostenido que la asimilación entre el efecto de la transacción con el valor de la cosa juzgada es inexacta. La transacción no produce los efectos de una sentencia. Particularmente carece de fuerza ejecutoria y no puede dar lugar a un recurso de casación. No es más que una convención sometida como tal a la interpretación de los jueces de fondo, bajo reserva del control de la Corte de Casación en caso de desnaturalización. Los efectos de la transacción se explican simplemente por su fuerza obligatoria y por la regla general de que las convenciones son la ley entre las partes.¹⁶

En efecto, con mucho sentido se ha señalado que «la diferencia entre la transacción y la sentencia es clara. La segunda presupone la intervención de un tercero (esto es, el juez o el árbitro) cuya voluntad se expresa en la decisión. La transacción, por el contrario, se encuentra abierta a las partes; en dicho sentido, se trata de un contrato como cualquier otro. Asimismo, la autoridad de cosa juzgada es inseparable de la jurisdicción».¹⁷

Teniendo en cuenta lo señalado, somos de la opinión de que, a la transacción extrajudicial, en los términos expuestos por nuestro Código Civil, no le son aplicables los efectos de lo que la propia norma denomina como «cosa juzgada». Bajo esa premisa, el elemento esencial (es decir, la calidad de cosa juzgada) para poder interponerla como defensa de forma desaparece, y al desaparecer sólo estamos ante un acuerdo de voluntades que mediante el otorgamiento de recíprocas concesiones pone fin a un asunto dudoso o litigioso.¹⁸ Así las cosas, ese contrato no podría, en modo alguno, oponerse como un mecanismo de defensa de forma al interior de un proceso civil.

Ahora bien, lo que en su momento el Pleno (con voto en mayoría) denominó doctrina jurisprudencial (y que hoy se denomina precedente vinculante), en relación a la transacción extrajudicial como defensa de forma, se redactó en los siguientes términos:

La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446, e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción. Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales

¹⁶ Citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. «Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 116, Lima: Gaceta Jurídica, p. 46.

¹⁷ Cfr. GABRIEL RIVERA, José L. «El contrato de transacción: ¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio?: apuntes poco ortodoxos sobre el contrato de transacción». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, nº 207, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 98.

¹⁸ En este punto debemos precisar que el contrato de transacción no sólo puede poner fin a un asunto dudoso o litigioso, sino que también, como contrato que es, puede dar origen a relaciones jurídicas de distinta índole.

homologadas por el Juez, se traman de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley.

La posición del Pleno en mayoría, para señalar que una transacción extrajudicial sí puede interponerse como una excepción de forma, se esquematiza sobre tres puntos concretos, los cuales vamos a comentar a continuación:

- La sentencia dice que se debe realizar una interpretación sistemática del artículo 446, inciso 10, del Código Procesal Civil.

Este argumento no tiene contenido. Decimos ello debido a que no se señala con claridad entre qué artículos (o cuerpos normativos) se debe realizar esa interpretación, ya que sólo cita dos preceptos legales del Código Procesal Civil pero no dice nada en relación a las normas del Código Civil con las que aquellas normas se deben interpretar. Como sabemos, el método de interpretación sistemático es aquél por el cual, a un enunciado normativo, o a un conjunto de enunciados normativos (entendido que entre ellos hay una vinculación a efectos de la interpretación sistemática), se debe atribuir el significado prescrito, o no se debe atribuir el significado prohibido, por el sistema jurídico.¹⁹ En el Pleno no existe, pues, ese razonamiento que demuestre con claridad entre qué preceptos legales se ha producido esa interpretación.

- Se dice que se quiere dar celeridad y ser «prácticos» en los casos concretos, pues no tendría mucho sentido exigir a las partes seguir el proceso por un tiempo prolongado (todos sabemos cuánto duran los procesos judiciales en nuestro país) a sabiendas de que al final de éste se fallará estimando la defensa de fondo de la transacción propuesta; de ahí que la misma pueda estimarse en la parte inicial de dicho proceso judicial, configurándose un caso de ausencia de interés para obrar.

Nosotros no estamos de acuerdo con este argumento, pues se sacrifica el verdadero análisis jurídico para optar por un camino muy sencillo que va a originar que en todos los casos en donde tengamos que elegir entre una opción que ponga las cosas claras y llame a las instituciones jurídicas por su verdadero nombre, y otra que permita sortear y «facilitar» algo, se opte por ésta en aras de esa «practicidad» que lo único que hace es confundir conceptos y permitir que los errores se vean como verdades y logren cimentarse en el tiempo. En modo alguno se debe sacrificar el correcto entendimiento de una figura jurídica para dar paso a un actuar «práctico» elaborado sobre la base del desconocimiento legal.

- Por otra parte, el Pleno, en su considerando 29, ha señalado que «no existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la transacción extrajudicial se oponga como defensa de forma, de lo contrario se estaría descono-

19 Cfr. TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffré, 1980, p. 376.

ciendo sus efectos extintivos, así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios, además de instrumento para alcanzar la paz y armonía entre las partes».

Lo señalado demuestra que se parte de una concepción errónea, pues una cosa es fundamentar algo sobre la base de la lógica y otra, muy distinta, es explicar, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la naturaleza de un acto. En nuestro caso, estamos ante un contrato, y tan contrato es que su fuente va a ser siempre el acuerdo de voluntades que, dada su particularidad, va a encontrar un marco legal en la figura de la transacción. En otras palabras, estamos ante un contrato de transacción, un negocio jurídico suscrito entre privados y al que no le puede ser aplicable, en modo alguno, la figura de la cosa juzgada que tiene una naturaleza procesal y no sustantiva.

Como se puede apreciar, lo señalado por el Pleno sigue la línea que tiende a equiparar los efectos de una transacción judicial homologada por un juez con una celebrada sin la intervención de éste (transacción extrajudicial). Recuérdese que la transacción judicial tiene valor de cosa juzgada, según lo establecido de manera expresa por el tercer párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil.²⁰ Dicha norma sí tiene un fundamento, pues la misma delinea a la cosa juzgada en su ámbito de aplicación puro: el proceso. No vamos a entrar en el análisis del sentido de esa afirmación, ya que el argumento principal radica en el hecho de que el contrato de transacción tiene una naturaleza privada (tan es así que se puede solicitar su nulidad o anulabilidad, e incluso su resolución) y la transacción judicial tiene una naturaleza enteramente procesal que va de la mano con la calidad de cosa juzgada que no sólo la norma, sino también su propia naturaleza, le permite asumir. De ahí que sea un error intentar aplicar la figura de la cosa juzgada a una transacción extrajudicial o, mejor dicho, a un contrato de transacción.

Como se aprecia, los argumentos esgrimidos por el Pleno no pasan de tener un carácter «práctico» y tender a cierta «informalidad»,²¹ y no se observa un

20 Artículo 337.- «Homologación de la transacción

El juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajena al proceso».

21 Cfr. VALVERDE GONZÁLES, Manuel Enrique. «El Primer Pleno Casatorio Civil y la transacción extrajudicial como excepción procesal». En: *Los Plenos Civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos a sus reglas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 66 y 67. Sostiene dicho autor que es «perfectamente posible dar lugar a la excepción de transacción extrajudicial, habida cuenta que un apegado formalismo legal no puede servir para someter a las partes a un largo y fatigoso proceso judicial, ¿sino de qué eficiente y oportuna administración de justicia estaríamos hablando?». Sin

verdadero análisis jurídico de los alcances de la transacción extrajudicial.

De otra parte, cabe señalar que cierto sector de la doctrina²² ha señalado que la transacción extrajudicial no debería poder ser interpuesta como un mecanismo de defensa de forma, por los siguientes argumentos que también merecen nuestros comentarios:

- El artículo 446 del Código Procesal Civil es uno de naturaleza *numerus clausus*, pues establece que el demandado sólo puede proponer una serie de excepciones establecidas en dicha norma.

Nosotros no nos encontramos de acuerdo con este argumento, pues el artículo 446 únicamente hace referencia a la figura de la transacción. Así, y siguiendo esa lógica, no creemos que esta afirmación sea suficiente para dejar de lado y excluir de esa palabra (transacción) a la transacción extrajudicial. La posición que nosotros adoptamos no se basa en la naturaleza de *numerus clausus* del artículo 446 del Código Procesal Civil, sino más bien se cimenta en la propia naturaleza de lo que es una transacción extrajudicial.

- La transacción extrajudicial constituye un medio extintivo de obligaciones que importa un hecho extintivo que ataca directamente la pretensión puesta en discusión, a diferencia de la transacción judicial cuyo ámbito deataque se circumscribe al interés procesal del demandante quien desea revivir un proceso que ya culminó por una transacción previamente homologada. Así, la transacción extrajudicial es vinculante entre las partes, mas no tiene el carácter de inmutabilidad que caracteriza a la cosa juzgada para que esta pueda poner fin al proceso sin ingresar al mérito

Este argumento recoge la idea que hemos expuesto, en el sentido de que el contrato de transacción se enmarca dentro de una relación obligacional privada. Empero, no es tan cierto, como veremos más adelante, que la transacción judicial sea inmutable, pues la misma podría ser declarada inválida.

Por otro lado, el profesor Morales Hervias²³ ha criticado duramente este Pleno; pero, ha enfocado su posición desde la perspectiva de que en el caso materia de la controversia resuelta hubo un claro abuso en la libertad de estipulación, pues en ésta la autonomía de los particulares permite optar por realizar el acto y, también, seleccionar, más allá de su presencia, el tipo de efectos que producirán. Así, el autor indica que basta revisar el numeral 5 del Fundamento V (Consideraciones) de la casación para corroborar que las cláusulas de los contratos de transacción han sido elaboradas por una sola parte (la empresa Minera Yanacocha) y no por los damnificados por los derrames de mercurio. La casación no analiza los hechos antecedentes y sucesivos de la celebración de los contratos de transacción que están representados en los daños que causan los efectos tóxicos del mercurio metálico. Para dicho autor es completamente falso que la transacción produzca

duda, nosotros no compartimos esa posición.

22 Cfr. CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. *Op. cit.*, p. 35.

23 Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

el efecto de la cosa juzgada, ya que el contrato de transacción con concesiones recíprocas puede ser invalidado si existen suficientes argumentos para aplicar las causales de nulidad o de anulabilidad.

El razonamiento citado se basa en dos puntos: (i) el abuso de la libertad de estipulación; y, (ii) el contrato de transacción puede ser invalidado, lo cual le quita ese carácter de cosa juzgada.

Sobre el particular, y en relación el punto (i), creemos que ese «abuso» no podría alegarse como supuesto para quitar la validez a un contrato. Entendemos que aquí lo que correspondería sería alegar algún tipo de error que pueda viciar el acto, pero un abuso, en el sentido lato del término, no podría lograr la invalidez del acto celebrado. Tendríamos que estar, pues, ante algún supuesto de vicio de la voluntad para poder alegar algún tipo de anulabilidad.

De otro lado, el argumento del punto (ii), referido a que el contrato de transacción puede ser invalidado a través de la nulidad o anulabilidad tampoco nos parece del todo convincente, pues una transacción judicial también puede ser declarada nula. Para exponer esta afirmación vamos a explicar dos cosas.

En primer lugar, el contrato de transacción puede ser declarado inválido, a través de una acción de nulidad o anulabilidad. Así, una cosa es el origen (causal de nulidad o anulabilidad contenidas, principalmente, en los artículos 219 y 221 del Código Civil) y otra cosa es la consecuencia (que estaría representada por la invalidez del acto).

Por otro lado, en el caso de la transacción judicial (homologada por un juez), se tiene que la misma, pese a tener la calidad de cosa juzgada, también puede ser declarada nula,²⁴ en virtud de la aplicación del artículo 178 del Código Procesal Civil.²⁵

En este caso, se tiene que el origen de esa nulidad no recae en alguna de las causales contenidas en el Código Civil (es decir, la teoría general de la nulidad del acto jurídico), sino que la norma procesal establece sus propias causales que para este caso se representan en el fraude o colusión, que afecta el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el juez o por éste

²⁴ Sobre la figura de la nulidad en el proceso civil, se puede consultar, *in extenso*, a CAVANI, Renzo. *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra, 2014.

²⁵ Artículo 178. - «Nulidad de cosa juzgada fraudulenta

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el juez o por éste y aquellas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal».

y aquellas. Empero, la consecuencia en este caso, al igual que con el caso de la transacción extrajudicial, es también la invalidez del acto.

Así las cosas, si bien es cierto que en ambos casos las causales de nulidad son distintas, no lo serán las consecuencias, pues en los dos supuestos estudiados (transacción extrajudicial y transacción judicial), el acto será invalidado. Conclusión: no existe una santidad absoluta de la transacción judicial que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, y de ahí que la afirmación que se realiza, en el sentido de que únicamente la transacción extrajudicial pueda ser declarada nula, no es privativa de dicha figura.

Con todo, podemos concluir señalando que no nos encontramos de acuerdo con la regla establecida por el Pleno bajo análisis, y es que ella se ha configurado sobre la base de errores conceptuales que recaen en un inadecuado entendimiento de la figura de la cosa juzgada que únicamente puede ser entendida y aplicable en el ámbito procesal. Otra cosa son los efectos que causan entre las partes la celebración de contratos y más aún la celebración de un contrato de transacción que por sus propias particularidades exige la existencia de recíprocas concesiones sobre asuntos dudosos y litigiosos, pero esa peculiaridad no importa, en modo alguno, que se esté en un escenario que no sea el civil. Recuérdese que las relaciones obligacionales surgidas de los contratos (que son la fuente de la obligación) vinculan a las partes, pero ello no importa, de ninguna forma, que éstas sean inmutables.

En ese sentido, los argumentos que se alegaron en el Pleno, y que básicamente apelan a una «practicidad» en la aplicación de figuras legales (en este caso le tocó a la transacción), dejan de lado el verdadero análisis de lo que importa y significa la figura de la «cosa juzgada». Se ha desaprovechado una gran oportunidad para delinear sus alcances y limitaciones y se ha gastado tinta en estudiar figuras (como los actos propios)²⁶ que nada tenían que ver en este debate.

Así las cosas, y sin perjuicio de que creemos que el legislador del Código Civil ha cometido un error al otorgarle la calidad de cosa juzgada a la transacción extrajudicial y equiparar esa «cosa juzgada» sustantiva a la cosa juzgada procesal (que es, en realidad, el único tipo de cosa juzgada que existe), no debería usarse esa «voluntad» expuesta en la citada Comisión Revisora, para entender la figura de esa manera. Sin embargo, esa literalidad, qué duda cabe, va a primar en el ámbito sustantivo y ahora (desde lo señalado en el Pleno) en el ámbito procesal.

En ese sentido, creemos que la posición que se debió adoptar debió pasar por entender que la referencia que el artículo 1302 del Código Civil hace al señalar que la transacción (extrajudicial) tiene la calidad de cosa juzgada (que constituye el primer error), no debe permitir que dicho tipo de transacción pueda ser oponible como defensa de forma al interior de un proceso civil. Lo reiteramos: la figura de la cosa juzgada únicamente tiene un ámbito de aplicación al interior de

26 En relación al desarrollo de la teoría de los actos propios, creemos que el Pleno ha realizado un innecesario análisis de dicha figura. Sólo para no ahondar en el tema, diremos que dicha doctrina no encuentra regulación en norma alguna en nuestro Código Civil y entonces nos preguntamos ¿qué sentido tenía mencionarla? Creemos que ninguno.

un proceso civil y en modo alguno puede aplicarse a un acto jurídico. Dicho de otro modo, las partes, por acuerdo, no pueden crear un supuesto de cosa juzgada, ni mucho menos aplicar el concepto de cosa juzgada regulado por el Código Procesal Civil al acto que celebren. Lo único que ocurre con ese contrato es que el mismo será obligatorio para las partes en cuanto se haya expresado en él (argumento del artículo 1361 del Código Civil); nada más, ni nada menos.

Dentro de tal orden de ideas, creemos que el artículo 1302 del Código Civil debería ser modificado y precisarse que la transacción judicial homologada por el juez es la única figura que podría tener la calidad de cosa juzgada, es decir, la actual generalización de que toda transacción tiene esa calidad debería eliminarse y, a partir de allí, recién se podrá llegar a la conclusión (jurídicamente válida) de que una transacción extrajudicial no puede oponerse como una defensa de forma a través de la interposición de una excepción procesal.

Lo establecido por el Pleno acoge ese error e imprecisión para otorgar a una transacción extrajudicial la calidad de cosa juzgada; de ahí que su razonamiento sea el que se ha expuesto. Aquí, claramente estamos ante un error (la actual redacción e imprecisión en la norma civil) que ha dado origen a otro error (la regla establecida por el Pleno bajo análisis).

Para terminar este acápite, debe tenerse en cuenta que en relación a la transacción y la posibilidad de que sea opuesta como defensa de forma, el Pleno expuso un voto en minoría, en el que se establecían lo que para ellos deberían ser (y no fueron) las reglas de observancia obligatoria.²⁷ Como se observa, ese voto en minoría, en estricto derecho, debió ser el voto en mayoría, pues sus conclusiones²⁸ tienen mayor sentido debido a que señalan que la transacción extrajudicial

²⁷ El voto en minoría estableció como doctrina jurisprudencial con carácter vinculante, lo siguiente:
- *Primera regla*

El Pleno fija como primera regla, con carácter vinculante, que como se previene en el artículo 443 del Código Procesal Civil, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y, b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso.

En consecuencia, y según esta primera regla, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.

- *Segunda regla*

«Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquélla, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia».

- *Tercera regla*

«Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguío, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda».

²⁸ En este punto queremos señalar que no compartimos del todo la línea argumentativa de este voto en minoría, mas sí nos encontramos de acuerdo con las conclusiones contenidas en las reglas que dicha posición expone.

únicamente cabe ser presentada como defensa de fondo.

3.2. La legitimidad parar obrar activa y la defensa de los intereses difusos

Se debe precisar que a la fecha en que se suscitaron los hechos (esto es, el 2 de junio de 2000) y la admisión de la demanda (presentada el 27 de mayo de 2002 y admitida del 4 de junio de 2002), aún estaba vigente el texto original del artículo 82 del Código Procesal Civil. Luego, con fecha 8 de junio de 2002, mediante Ley n.º 27752, se modifica el texto de dicho artículo en los términos que hoy lo conocemos.

En ese sentido, en ambas versiones de la norma no se permite a una persona natural ejercer la acción para la defensa de intereses difusos. El tema aquí es enteramente procesal.

Teniendo ello en cuenta, el Pleno acogió esa idea en torno a la excepción de falta de legitimidad para obrar activa del demandante en caso de defensa de intereses difusos, señalando que únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82 del Código Procesal Civil. Los términos en los que se estableció dicha doctrina jurisprudencial (que, a diferencia de la referida a la transacción, fue adoptada por unanimidad) fueron los siguientes:

La legitimación parar obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82 del Código Procesal Civil.

No vamos a entrar en un análisis detallado de lo que significan la legitimidad para obrar o los intereses difusos. En realidad, la regla establecida por el Pleno constituye una obviedad, pues la norma procesal es clara al regular la materia. Sin perjuicio de ello, y para que el lector entienda de manera general la regla establecida por el Pleno, vamos a esbozar algunas ideas en torno a estos temas.

Así, se debe tener en cuenta que la legitimidad para obrar tiene que ver con la vinculación que debe existir entre las partes de proceso y las partes de la relación jurídica sustantiva de la que deriva la causa última de la demanda, debiendo estas coincidir. Es decir, el juez debe recordar que siempre precede al proceso de que se trate, una relación jurídica previa entre quienes ocuparán los lugares de demandante y demandado en la relación jurídica procesal. Esta relación previa es la denominada relación jurídica sustantiva, de la que se genera la situación de conflicto o cualquier otra de la que emane la pretensión concreta de tutela jurisdiccional efectiva; por ello, el demandante tiene legitimidad para obrar, en principio, cuando existe identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva, lo que implica que la relación jurídica material se traslade a la relación jurídica procesal. Aquí es relevante distinguir entre la identidad en la relación jurídica sustantiva y la titularidad del derecho, porque la existencia de la primera es requisito para iniciar o proseguir con el proceso (para evitar el desarrollo de un proceso inútil, cuya sentencia no influiría en las partes que intervienen en un proceso), en tanto que la segunda se resolverá al final del juicio, con la sentencia.²⁹

29 Cfr. CASAFRANCA GARCÍA, Roger. En *Código Procesal Civil comentado*. VV. AA. Lima: Gaceta Jurídica.

Debe entenderse que la noción de legitimación se inclina por determinar quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda en cada caso concreto y, por tanto, si es factible resolver la controversia que respecto a esas pretensiones existe en el proceso entre quienes figuran en él como partes. Estamos frente a ciertas cualidades subjetivas, que otorgan la facultad jurídica de pretender determinadas declaraciones judiciales con fines concretos, mediante una sentencia de fondo o para, en el caso del demandado, hacerlas controvertidas. Esta cualidad se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés en el objeto de la decisión reclamada, y no se debe confundir con la relación que pueda existir entre las partes y la situación jurídico material pretendida. Esta precisión justificaría que, en caso de no existir la eventual situación jurídica material pretendida o la titularidad que se atribuye, no excluya la legitimación en la causa, sino que simplemente se excluya la razón o fundamento para obtener un pronunciamiento favorable en el proceso respecto de la pretensión solicitada.³⁰

En síntesis,³¹ las características de la legitimidad para obrar son:

- Es personal, subjetiva y concreta, pues cada parte tiene su propia situación respecto de las pretensiones.
- No se identifica con la titularidad del derecho sustancial alegado en la demanda. El demandante puede no tener la razón o carecer de los medios probatorios que acrediten los hechos que alega y, en tal caso, la demanda se declarará infundada.
- La legitimidad para obrar es requisito solamente para ejercer el derecho de acción y para obtener una sentencia de mérito.
- La resolución (o, en su caso, la sentencia) inhibitoria que se expida por haber constatado la falta de legitimidad no constituye cosa juzgada, pues no ingresa al tema de fondo (el derecho alegado en la demanda).

Lo señalado hasta aquí constituye la concepción general de legitimidad para obrar. Sin embargo, y como todo en el Derecho, existen supuestos especiales en donde los conceptos vertidos no necesariamente van a calzar.

En este punto cabe hablar de la diferencia que existe entre la legitimidad ordinaria y la legitimidad extraordinaria. En aquélla se pide tutela jurisdiccional para un derecho que quien lo solicita lo toma como propio (hay, pues, una titularidad directa del derecho por parte de quien acude al juez o árbitro).

En la legitimidad extraordinaria, que es de la que se ocupa el Pleno, se permite que un sujeto de derecho sea parte de un proceso por mandato expreso de una norma legal con la particularidad de que dicha persona no es titular del derecho subjetivo que se discute. En efecto, por ejemplo, en el Código Civil se

ca, 2016, tomo III, p. 513.

30 Cfr. CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. *Op. cit.*, p. 40.

31 Cfr. CASAFRANCA GARCÍA, Roger. *Op. cit.*, pp. 513 y 514.

tienen a los artículos 1219, inciso 4,³² y 1987,³³ en los que se aprecia la existencia de un legítimo interés de personas distintas al titular del derecho material en la realización o cumplimiento de algo.

Otro claro supuesto de legitimidad para obrar extraordinaria es el contenido en el artículo 82 del Código Procesal Civil, que es el que se analizó en el Pleno. Es el caso de un interés social y es allí donde cobra protagonismo la figura de los intereses difusos donde se ven implicados grupos de sujetos de derecho que no son titulares directos del derecho.³⁴

Así las cosas, dada la peculiaridad de este tipo de legitimidad y en aplicación de la posición del legislador al regular esta figura, resulta adecuado (y obvio) lo señalado por el Pleno Casatorio, en el sentido de afirmar que sólo podrán demandar intereses difusos las personas expresamente facultadas para ello, las mismas que figuran en el artículo 82 del Código Procesal Civil.

Aquí surge la pregunta: ¿en verdad se ha utilizado un Pleno para decir algo tan obvio?

IV. LA RELACIÓN ENTRE EL I Y EL IX PLENO CASATORIO CIVIL

El I Pleno Casatorio Civil ha establecido en sus considerandos 38 y 39 que resulta equivocado sostener, *a priori*, que no se puede dar cabida a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma porque ésta puede adolecer de nulidad o anulabilidad. Mantener tal presunción, sería cuestionar la validez de cuanto acto jurídico se celebre en nuestro medio y bajo esas premisas se tendría que considerar, por ejemplo, que tampoco resultaría amparable la excepción de convenio arbitral porque ésta podría estar viciada de nulidad o anulabilidad, dándose incluso cabida a otras posibilidades invalidantes sobre todos los negocios jurídicos celebrados, creando un ambiente de total incertidumbre e inseguridad jurídica. Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere (en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220 del Código Civil) que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces, supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto

-
- 32 Artículo 1219.- «Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
- 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
 - 2.- Procurarse la prestación o hacérse la procurar por otro, a costa del deudor.
 - 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
 - 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva».
- 33 Artículo 1987.- «La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste».
- 34 Un interesante y muy crítico ensayo sobre el contenido del artículo 82 del Código Procesal Civil, se puede encontrar en: PRIORI POSADA, Giovanni. En Código Procesal Civil Comentado. VV/AA. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, tomo I, pp. 496-514.

que también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada, tanto más si es que en otros pronunciamientos casatorios, de criterio distinto al de esta sentencia, no se ha desestimado la procedencia de las excepciones de transacción extrajudicial por tales causales, sino porque las mismas no se ajustaban a lo prescrito por el artículo 453 del Código Procesal Civil. De igual forma, tampoco podría actuar de manera oficiosa puesto que (aun existiendo pareceres en sentido diferente) en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386 del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio.

Lo señalado por el I Pleno se traduce en el hecho de que bajo su argumentación se niega la posibilidad de que el juez pueda declarar de oficio la nulidad en ese casatoria cuando ésta sea manifiesta, inaplicando el artículo 220 del Código Civil, que establece lo siguiente:

Artículo 220.- «La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación».

Ahora bien, en este punto resulta necesario recordar algunos de los ocho precedentes judiciales vinculantes establecidos por el IX Pleno Casatorio Civil (uno de los cuales se refiere expresamente al I Pleno):

- En un proceso el juez puede declarar de oficio la nulidad manifiesta del negocio jurídico; pero, siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes. Si el juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutiva de la sentencia. Si el juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutiva únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.
- La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.
- La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar, sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circumscribe a algunas o a alguna causal específica de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.

- Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.

La precisión realizada por este Pleno, y que hemos analizado y criticado de manera detallada en otro trabajo,³⁵ resultaba absolutamente necesaria.

Sin embargo, en torno a lo señalado por el I Pleno, hay quien ha dicho que «sostener que toda transacción extrajudicial que se oponga como defensa de forma contra el demandante puede estar viciada de nulidad, es crear la cultura de la más absoluta incertidumbre jurídica, pues ya no se tendrá que presumir que todos los negocios jurídicos son válidos, sino partir de un criterio inverso y, en consecuencia, todos deberán ser sometidos a la criba judicial para que se determine su validez y eficacia. Consideraciones como esas devienen en inasibles desde todo punto de vista racional. Por otro lado, usando las mismas palabras de la sentencia casatoria, el Poder Judicial tendría que haber ido contra sus propios actos al presumir que las transacciones celebradas entre la minera demandada y los menores hijos de la accionante, estaban viciadas de nulidad. En otras palabras, en un primer momento, en sede de juzgados competentes, habría aceptado que las transacciones a favor de los menores de edad eran válidas y eficaces; en tanto luego, en el Pleno Casatorio, señalar todo lo contrario, lo que sería implícante.³⁶ Es más, bajo ese supuesto se estaría admitiendo un fraude procesal en el trámite de las autorizaciones judiciales para transar sobre derechos de menores de edad, lo cual nos lleva ya no al ámbito de la nulidad de los actos jurídicos sino a la nulidad de resoluciones judiciales firmes».³⁷

No compartimos lo señalado en el párrafo anterior, y es que la regla establecida en el artículo 220 del Código Civil es clara y la misma sólo exige, para su

35 Al respecto, se puede ver a: CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «¿Era necesario el IX Pleno Casatorio Civil?». En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 45, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, pp. 169-180.

36 Este argumento, referido a que el Poder Judicial iría en contra de sus propios actos, cae por su propio peso. Asumir esa idea desconoce radicalmente la aplicación y plena vigencia del principio de independencia e imparcialidad que posee un juez y el hecho de que, si una instancia falla en un sentido distinto al que vaya a fallar la instancia superior, ello nada tiene que ver con algún supuesto de contradicción de los miembros (jueces) de una institución (Poder Judicial). De hecho, la pluralidad de instancias garantiza una adecuada administración de justicia, la misma que es, en algunos casos, corregida por las instancias superiores.

37 Cfr. VALVERDE GONZÁLES, Manuel Enrique. *Op. cit.*, 2016, p. 66.

aplicación, estar ante un caso de nulidad manifiesta; nada más.

Asimismo, al no hacer la norma del Código Civil distingo alguno en relación al tipo del proceso y a la instancia en la que el juez puede detectar la posible existencia de un caso de nulidad manifiesta, no tenía sentido hacer alguna diferenciación.

En ese sentido, el IX Pleno ha puesto de manifiesto lo que ha sido y es evidente: que la nulidad puede ser declarada de oficio en cualquier tipo de proceso civil y en cualquier instancia.

V. CONCLUSIONES

Luego de estos comentarios en torno al I Pleno Casatorio Civil, podemos afirmar que el contenido del mismo no ha sido afortunado.

Ello, debido a que no debió establecer como «doctrina jurisprudencial» que una transacción extrajudicial (que es un acto entre privados) pueda ser oponible como defensa de forma al interior de un proceso civil. Además, se ha desconocido y desnaturalizado el concepto de cosa juzgada, el mismo que tiene una naturaleza enteramente procesal y no puede, en modo alguno, ser aplicable a actos entre privados.

Por otro lado, y en relación a la legitimidad para obrar en la defensa de intereses difusos, el Pleno ha establecido como regla una obviedad, pues el artículo 82 del Código Procesal Civil es claro y no era necesario entrar al análisis de algo tan evidente.

Finalmente, el razonamiento esgrimido en torno a la imposibilidad de declarar la nulidad de oficio en sede casatoria ha sido corregido, luego de casi diez años, por los precedentes vinculantes establecido en el IX Pleno Casatorio Civil.

Queremos concluir dejando sentada nuestra posición, en el sentido de que un Pleno Casatorio tiene que originarse en problemas que realmente merezcan el más detallado análisis, en donde el debate y las posiciones sean encontradas y exista una verdadera sensación de que se está ante un caso difícil y altamente problemático. Así, no tiene ningún sentido convocar Plenos para discutir obviedades (como el caso del IX Pleno, en donde la mayoría de sus precedentes son desacertados o innecesarios) o para cometer errores sobre la base del desconocimiento conceptual de instituciones jurídicas (supuesto del I Pleno en relación a la figura de la transacción).

Esperemos que en lo sucesivo la figura de los Plenos Casatorios cumpla con el verdadero objetivo para el que fue ideado y positivizado, esto es, establecer (o modificar) un precedente judicial respecto de un tema jurídico específico, delicado y sobre el que no existe uniformidad en su análisis y tratamiento.

La Ley de la Hipoteca Inversa, reflexiones, vicisitudes y expectativas desde la perspectiva de su utilidad patrimonial y jurídica

*Emilio José Balarezo Reyes**

Sumario: I. Introducción. – II. Análisis de la ley. – III. Los criterios para determinar el monto de la hipoteca inversa. – IV. De los requisitos de la hipoteca inversa. – V. Los beneficiarios de la hipoteca inversa. – VI. Las entidades autorizadas. – VII. Del vencimiento anticipado del contrato. – VIII. Resolución de la hipoteca inversa. – IX. Ejecución de la hipoteca inversa. – X. Del régimen de transparencia, suministro de información y asesoramiento. – XI. De las disposiciones complementarias y modificatorias. – XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte hemos sido testigos del surgimiento y de cómo se ha venido desarrollando el proceso de implementación dentro de nuestro sistema jurídico de una serie de figuras que buscan otorgar financiamiento, liquidez, las cuales se encuentran íntimamente vinculadas al ámbito patrimonial, es así que del universo de instituciones que pueden ser utilizadas para este fin, son el de las garantías las que han cobrado una importancia trascendente en la actualidad, éstas siempre han tenido un rol económico relevante y hay que destacar que son de antigua data.

En sí, éstas operan como instrumento que proporciona liquidez y beneficios económicos para la persona que sabe utilizar adecuadamente su patrimonio mediante la realización de compromisos obligacionales, como también de actos jurídicos de disposición patrimonial. Al igual que la inserción que se llevó a cabo con la Ley de la Garantía Mobiliaria, y que trajo como consecuencia dos resultados, el primero, la desaparición de la Prenda, ante su insostenibilidad por la cantidad y variedad de modalidades que existían de ella; y, el segundo, la

* Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres, en la Universidad Privada del Norte - Sede Lima y en la Universidad Científica del Sur.

implementación de una figura que provenía del sistema anglosajón, dejando de lado la tradición que se venía aplicando en el uso e influencia del sistema romano germánico en nuestro ordenamiento civil patrimonial.

El 28 de marzo del presente año, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano», la Ley n.º 30741, denominada Ley que regula la Hipoteca Inversa, institución que no es nueva y que tiene, como hemos referido, ya un buen tiempo de aplicación en otros países, sobre todo de Europa. ¿Por qué ha sido incorporada al Perú recién este año?, ¿qué ha motivado su dación dentro de la dinámica patrimonial de nuestra sociedad?, éstas y otras interrogantes, como nuestras expectativas respecto a su proceso de implementación y los aportes de su esperado reglamento, serán materia de desarrollo en las siguientes líneas.

II. ANÁLISIS DE LA LEY

Desde el inicio de su redacción, la ley nos otorga un concepto que encierra su propósito, como la forma en que debe ser entendida y utilizada, al indicar lo siguiente: «La presente ley tiene por objeto normar el uso de la hipoteca inversa, como un medio que permitirá que las personas complementen sus ingresos económicos, mediante el acceso a un crédito con garantía hipotecaria cuyo pago será exigible recién al fallecimiento del titular o titulares del crédito». Del citado texto, se desprende una serie de reflexiones, siendo la primera que la hipoteca inversa no deja de ser una hipoteca y, por ende, rigen para ella las reglas generales en cuanto le sean aplicables como, por ejemplo, que se dé única y exclusivamente sobre bienes inmuebles, además, que la misma puede ser llevada a cabo repetidas veces sobre el mismo inmueble, etcétera. La calificación de «medio» que se le da a la *hipoteca inversa*, nos habla de que su finalidad como su naturaleza para nuestra realidad, es convertirse en un mecanismo que permita la obtención de recursos y el aumento de ingresos económicos para quien lo desee, haciendo estratégicamente uso de su patrimonio, en este caso, de manera puntual de sus bienes inmuebles. Por su parte, el término *complemento*, desde nuestro punto de vista, asevera que la persona que utiliza esta figura tiene otros ingresos producto de otras modalidades o servicios que presta, como puede ser alquileres como también actividades que le generen ingresos. Esto, nos expresa su no incompatibilidad con otros medios que permitan, a su vez, incrementar el flujo de dinero. Por su parte, el profesor Chipana, respecto a la definición incorporada en la ley, expresa lo siguiente: «Por otro lado, esta norma hace lo que pocas, que es otorgar una definición en su texto y es que es probable que en ella se cometa algún error, por exceso o por defecto, y se deje de lado algún aspecto que por su naturaleza debería de estar incluida en esta definición».¹

Por último, nos habla del *acceso al crédito con garantía hipotecaria*, lo cual refleja el compromiso obligacional que surge de la realización del mismo, como también de las consecuencias que asumirá la persona que opta por esta figura.

¹ CHIPANA, Jhoel. «Comentarios críticos a la Ley de la Hipoteca Inversa». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 60, Lima, 2018, p.118.

Acceder a un crédito en el Perú, a diferencia de años anteriores, se ha convertido en una situación de fácil concretización, el mercado financiero ha otorgado muchas variantes con la finalidad de incrementar el mismo, es allí donde juega un rol relevante el conocimiento de las responsabilidades que asumimos al adquirir un crédito y las posteriores consecuencias, del conocimiento de los intereses como también de la evaluación crediticia y el rol que tiene en el prestigio crediticio, como la confiabilidad que adquirimos con el cumplimiento de las exigencias de asumir un compromiso económico de este tipo.

Concluye esta primera parte con un tema neurálgico en lo referente al pago, institución que por naturaleza se constituye en la forma tradicional de extinguir una *relación obligatoria*, siendo ésta su principal diferencia con la modalidad común que conocemos de lo que es la hipoteca, señalando que el momento de honrar esta obligación se dará con la muerte del titular o titulares del crédito, lo cual vincula esta figura con el derecho de sucesiones, como también con las normas conexas que regulen el traslado patrimonial post-morten y con las reglas de la libre disposición y de la legítima.

La descripción detallada de cómo se materializa esta figura, la encontramos en el artículo 2 de la ley. En ella, debemos destacar que desde el inicio nos indica qué actores pueden ser partícipes de esta modalidad de agenciamiento patrimonial, resaltando la inserción del término «entidad autorizada», la que nos remite a un *numerus clausus* en lo referido a las instituciones que se mencionan y que forman parte del sistema financiero, como son las señaladas en el artículo 5, que complementa el presente, al indicarse textualmente lo siguiente: «[...] podrá ser otorgada por las empresas de operaciones múltiples y las empresas de seguro [...]», dejando claramente expreso que un complemento de la presente ley, es la norma del Sistema Financiero, Ley n.º 26702, como también señalando que no toda entidad que forma parte de la misma, está autorizada para llevar a cabo una hipoteca inversa, sino sólo las indicadas.

En ese aspecto, la ley es sumamente selectiva, prosiguiendo con la mecánica de funcionamiento de esta institución y formulando quiénes constituyen la otra parte, se hace referencia al término «titular» o «titulares», lo que despierta una incógnita, ¿una persona jurídica puede usar una hipoteca inversa?, nosotros creemos que no, que su inicio y utilidad están vinculados a las personas naturales en su condición de propietarios del bien inmueble sobre el cual va a recaer la hipoteca inversa, por ende, una persona natural, en su condición de poseedor, no podría llevar a cabo este tipo de garantía.

Culmina el primer párrafo del artículo 2, señalando la situación en que se concretiza el reembolso, es decir, la devolución del dinero otorgado por la entidad financiera. Ésta se da con la muerte del o de los solicitantes, en este último caso, los solicitantes pueden ser dos copropietarios, como en el caso de los hermanos o una sociedad conyugal, que actúa jurídicamente como si fuera uno, pero que está constituida por los esposos.

Hay dos referencias claves en esta parte de la ley, la primera, la *exigibilidad del crédito*, es decir, el reconocimiento del acreedor a solicitar el pago del dinero otorgado como consecuencia de la garantía; y, la segunda, la *ejecutabilidad de la*

garantía, de los mecanismos jurídicamente reconocidos, con el objetivo de lograr el cobro, o sea, la concretización del pago mediante la materialización de las vías destinadas a ese fin. Respecto a este tema, con el objeto de justificar la viabilidad de la Hipoteca Inversa, Quinteros expresa: «Uno de los principales incentivos de la hipoteca inversa es convertir en líquido el patrimonio inmovilizado en la vivienda del adulto mayor, permitiendo a este o a su dependiente costear gastos propios de manera acorde con sus propias necesidades económicas reales».²

III. LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA HIPOTECA INVERSA

Es necesario indicar que la ley señala tres criterios concurrentes para determinar el monto ascendente de la hipoteca inversa: *el valor del inmueble, la esperanza de vida del titular del bien y la tasa de interés*. De forma concreta, desarrollaremos cada uno de ellos.

Een torno al primero, es decir, al *valor del inmueble*, se hace referencia a una *tasación* sobre el bien inmueble a cargo de un profesional experto en este tipo de actividades, como puede ser un arquitecto o ingeniero civil, el cual emite un informe de su opinión en lo que respecta al valor patrimonial del bien materia de la hipoteca, podríamos aseverar que es una opinión especializada que busca ser imparcial y reflejar de manera transparente como oportuna el monto del bien.

En lo que concierne al segundo criterio, *la esperanza de vida del titular del bien*, se hace referencia a un tema netamente subjetivo, es decir, que está referido a una de las partes intervenientes, y su importancia radica en su vinculación con el tiempo de duración de su existencia, para determinar – mejor dicho, estimar – el tiempo de duración del vínculo obligacional. De acuerdo a la tendencia a nivel nacional, la expectativa de vida es de sesenta y cinco (65) años; pero, esto sólo es una referencia, debido a que esta situación varía, encontrándose índices recientes que señalan como tiempo de vida del peruano los ochenta (80) años, lo cual fijará los criterios de negociación en la materialización de este tipo de garantía.

Como tercer criterio se menciona *la tasa de interés*. Como sabemos, un interés es un fruto de carácter civil, es decir, un provecho o beneficio económico producto de la afectación del bien, ahora esta figura es variable y es resultado de los dos primeros criterios, es decir, de la tasación y de la esperanza de vida, ya que su determinación proveerá a la entidad financiera, si los fija de manera alta o baja, tomando en cuenta su beneficio económico. Al respecto, Quinteros Flores señala: «Muchas veces los ahorros y las inversiones, cuando los hay, no son suficientes para poder cubrir los gastos de la edad adulta, por lo que en algunos casos se debe recurrir al financiamiento mediante préstamos privados o eventualmente a través de créditos bancarios (mutuos dinerarios)». ³ En esta última figura, las enti-

2 QUINTEROS, Javier. «La hipoteca inversa como fuente de financiamiento». En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 31, Lima, 2016, p. 245.

3 QUINTEROS, Javier. «La hipoteca inversa y el financiamiento de adultos mayores». En: *Actualidad Civil*, n.º 21, Lima, 2016, p. 113.

dades financieras tienen como principal factor de evaluación, el riesgo de crédito.

Es importante resaltar que la ley señala que la persona que se beneficiará con la materialización de la hipoteca inversa, en este caso, el o los titulares del bien inmueble sobre el que recae, tienen la opción de recibir el desembolso del dinero otorgado por la entidad financiera, ya sea en un solo acto, es decir, se paga la totalidad del dinero en una sola armada; o, por medio de cuotas, es decir, el desembolso se llevará a cabo periódicamente, o sea, por medio de plazos pre establecidos por las partes, mediante un cronograma aceptado por ambas, todo esto fruto de la voluntad de los concurrentes, lo que se verá plasmado en el respectivo documento.

Termina el artículo segundo haciendo mención de la figura de la Renta Vitalicia y a un contrato de seguro. Creemos que la presencia de las instituciones acotadas, hace referencia al aseguramiento del pago como al disfrute de las consecuencias patrimoniales del uso de la Hipoteca Inversa. Sobre las modalidades y las características particulares, el propio texto de la Ley señala que se darán a conocer en el esperado Reglamento, al cual nos referiremos líneas más adelante.

IV. DE LOS REQUISITOS DE LA HIPOTECA INVERSA

En lo referido a las condiciones de procedencia de la Hipoteca Inversa, debemos señalar que, la Ley hace referencia a nueve causales desarrolladas desde el inciso a) al j). De forma general, debemos decir que los mismos son concurrentes y describen los *signos distintivos* de este tipo de garantía, en lo que respecta a su viabilidad y concretización. Vamos a desarrollarlos apuntando a su importancia y siguiendo el orden que se encuentran dentro de la ley, lo cual nos permitirá entender tanto su ubicación, como su utilidad.

Los dos primeros incisos, a) y b), tienen como temas medulares que este tipo de garantía se dé sobre bienes inmuebles, no pudiendo recaer sobre otro tipo de bien, respondiendo de esta manera a la clasificación sobre los bienes que, aunque antigua, sigue vigente en nuestro ordenamiento. Luego, resalta la calidad de la persona que interviene en la afectación, debiendo ser titular del mismo, es decir, propietario del bien, no debiendo tener el estatuto de poseedor ni encargado del bien. Una última exigencia es la del aseguramiento, es decir, que exista un seguro que exprese confianza a los intervenientes, sobre todo a la entidad financiera, de que el bien se encuentra protegido ante todo tipo de hecho, acto, etcétera, que pueda devenir en su menoscabo y, sobre todo, en su desmedro económico.

Los incisos d) y e), hacen referencia a la tasación y al tema de los intereses, indicando, respecto a la primera, que la misma debe recaer sobre determinadas instituciones, con el objetivo de crear confianza e imparcialidad respecto del tema como, por ejemplo, el Colegio de Arquitectos de Lima, el Colegio de Ingenieros de Lima, una inmobiliaria, etcétera. En lo concerniente a los intereses, como lo hemos señalado en su oportunidad, son fruto de la negociación y, además, son consecuencia de los factores subjetivos como objetivos que se dan cita en la figura de la Hipoteca Inversa, subjetivos al referirnos a la edad y a la expectativa de vida de los titulares del bien inmueble y, objetivos, en lo que atañe al valor del bien inmueble.

Para el inciso f), hemos reservado un enfoque de manera separada, pues indica detalladamente algunas exigencias que merecen un análisis a parte, como la de habitar el bien por parte del titular que lleva a cabo la Hipoteca Inversa, es decir, no hay impedimento en que siga ejerciendo el uso como el disfrute, características inherentes a su condición de propietario, situación ineludible para ser sujeto partícipe de este tipo de garantía.

Sin embargo, la segunda parte del inciso, señala algunas restricciones en torno al manejo y disposición patrimonial del bien inmueble, como son la enajenación, el arrendamiento, gravámenes, entre otros. El titular necesita la autorización de la entidad acreedora para ello. El fundamento de esta situación se encontraría en la protección imperiosa de los intereses económicos de la parte acreedora, ya que la viabilidad de estas figuras requiere una evaluación jurídica y patrimonial de los pro y contras de su factibilidad como de sus consecuencias. Cuando se hace referencia a la «autorización expresa», se refiere a ese permiso indubitable público, certificado, de llevar a cabo operaciones patrimoniales con el bien inmueble, lo cual se puede hacer, por ejemplo, mediante una autorización notarial o documento análogo.

La existencia de otro tipo de obligaciones por parte de los titulares del bien que pongan en peligro el cobro preferencial de la entidad acreedora, es señalado por el inciso g). Nuevamente observamos la presencia de la protección patrimonial de los intereses del acreedor, debido a que el bien materia de la afectación puede ser susceptible de que sobre él se den otro tipo de gravámenes o figuras de preferencia de cobro, como puede ser el caso de temas vinculados al Derecho de Familia o al Derecho Laboral, los cuales, al concretizarse, podrían trastocar el orden de prelación, en lo que respecta a la ejecución o resolución de este tipo de gravamen, al amparo de la normatividad nacional vigente, con lo cual los intereses de los acreedores sí se verían afectados.

En lo que respecta al cobro y a la afectación del bien materia de la hipoteca inversa, lo que vemos son las figuras de la uniformidad y de la exclusividad, en lo que concierne a que no puede existir variación o cambio alguno en torno al bien inmueble sobre el que se constituyó la garantía, es decir, debe existir esa correspondencia entre el cobro y el bien sobre el que se constituyó la garantía, lo cual indica seguridad y confianza en la parte acreedora, pues, de lo contrario, ocasionaría inestabilidad en el sistema de garantías, en tanto una variación en lo que respecta al bien, privaría de confianza a todos los implicados dentro del mercado de garantías y afectaría también la credibilidad crediticia y el flujo de capitales en nuestro país.

Los dos últimos incisos están referidos a temas vinculados al ámbito del Derecho Sucesorio. En primer lugar, el inciso i) nos propone una situación por la cual, en el caso de que los titulares o el titular falleciera, se correrá traslados a sus sucesores o legatarios para que tomen las decisiones respectivas en lo concerniente a la hipoteca inversa que fue constituida por los causantes o el causante. En esta parte, la norma no es clara, debido a que hace referencia a los plazos y a la forma de su aplicación, que serán señalados en el reglamento de la ley, por lo que estamos partiendo de una suposición. Una primera opción es que los sucesores o legatarios paguen la deuda contraída con la entidad acreedora y, como natural

consecuencia jurídica, ésta se levantará, ya que ha sido honrada la deuda que la originaba. La otra opción que se señala en el inciso j) es que, habiendo vencido el plazo que otorgue el reglamento para que sea cancelada la obligación por los sucesores o legatarios, estos no lo llevaran a cabo, con lo que la entidad acreedora está en facultades de ejecutar la garantía, es decir, plasmar su realización con la finalidad de realizar el respectivo cobro de la deuda. Al respecto, el profesor Chipana, indica lo siguiente: «Creemos que se debe tener mucho cuidado con ese plazo pues el mismo podría ser, a todas luces arbitrario. Además, se deberá tener en cuenta, en todos los casos, el monto del crédito otorgado, pues no será lo mismo otorgar un plazo breve para el pago de una deuda que no sea de una cuantía mayor, que el plazo que se otorgue para una deuda cuantiosa».⁴

Aquí es donde encontramos la colisión con algunos puntos que merecen análisis en torno al Derecho Sucesorio ¿Qué sucedería si el bien inmueble es parte de la legítima o si se planteó que de la masa hereditaria la afectación toca más allá del tercio de libre disponibilidad?, preguntas que, a nuestro criterio, la normatividad complementaria –el Reglamento de la presente ley– y la judicatura, deberán esclarecer en su debido momento, para no caer en situaciones perjudiciales para ambas partes y evitando que se configure un abuso en el ejercicio del derecho por parte de los acreedores.

Culmina el inciso expresando que, de existir un excedente como consecuencia de la materialización de la ejecución del bien inmueble, el mismo será entregado a los sucesores. Esto, nos da la idea de una especie de compensación donde ha primado el cobro, pero no los derechos personalísimos de las personas en su calidad de sucesores, lo que puede motivar más de una controversia jurídica que deberá zanjarse a la brevedad posible. Las reglas claras asegurarán un mayor uso de este tipo de instituciones crediticias.

V. LOS BENEFICIARIOS DE LA HIPOTECA INVERSA

Este tema es desarrollado en la Ley en el artículo 4, el cual plantea en su parte inicial que del acuerdo al que lleguen los titulares o titular del bien con la entidad acreedora, podrá designarse beneficiarios de la materialización de esta figura, es decir, los titulares no serán quienes directamente obtengan provecho de la Hipoteca Inversa.

Podemos entender por *beneficiario* a ese tercero no interviniente, es decir, que no ha participado de las negociaciones ni forma parte de la relación obligacional entre los titulares y la entidad acreedora; pero, que es incluido en la misma como un designio de una parte de los intervinientes, como son los titulares o el titular, el cual expresa que los beneficios, ya sea el monto total o en cuotas, recaiga sobre ellos. Aquí encontramos similitud con el *tercero beneficiario de un contrato donde no es parte*.

Un momento clave que es señalado de manera puntual, es el del falleci-

⁴ CHIPANA, Jhoel. «La nueva ley que regula la hipoteca inversa ¿Más preguntas que respuestas?». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 58, Lima, 2018, p. 211.

miento del o de los titulares, ya que del mismo, se desprenderán las consecuencias jurídicas respectivas, como son el pago de la deuda o la ejecución del bien. Lo segundo, sólo ocurrirá con el fallecimiento del último de los beneficiarios, partiendo de la hipótesis de que el titular o los titulares, han señalado varios sujetos como beneficiarios de Hipoteca Inversa. Con esta indicación se estaría incidiendo en que sólo en este tipo de garantías, pueden intervenir personas naturales más no jurídicas.

VI. LAS ENTIDADES AUTORIZADAS

En la parte introductoria del presente trabajo, hemos hecho una primera referencia sobre este tema, cuando se trató el concepto y el mecanismo de funcionamiento de este tipo de hipoteca. Cabeseñalar que, en su composición, este artículo es uno de tipo remisivo, ya que para su desarrollo hay que vincular su entendimiento a dos leyes externas, la Ley n.º 26702, Ley del Sistema Financiero; y, la Ley n.º 28971, Ley que crea las Empresas Administradoras Hipotecarias.

Al referirnos a la primera, podemos decir que dentro de la gama de *entidades autorizadas* encontramos que la Ley n.º 26702, Ley del Sistema Financiero, señala en su inciso a) y d) las entidades financieras que pueden llevar a cabo la hipoteca inversa:

a) Empresas de operaciones múltiples

1. Empresa bancaria.
 2. Empresa financiera.
 3. Caja municipal de ahorro y crédito.
 4. Caja Municipal de Crédito Popular
 5. Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa-Edpyme.
 6. Cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público.
 7. Caja rural de ahorro y crédito.
- Y en su inciso D hace referencia a lo siguiente:

b) Empresas de seguros

Por su parte, la Ley n.º 28971, Ley que crea las Empresas Administradoras Hipotecarias, señala en su definición lo siguiente: «Las empresas administradoras hipotecarias son empresas especializadas del sistema financiero, que tienen por objeto exclusivo otorgar y adquirir créditos inmobiliarios por cuenta propia y, en relación a ellos, emitir títulos valores, letras hipotecarias, cédulas hipotecarias, instrumentos hipotecarios y títulos de crédito hipotecario negociables, tanto en moneda nacional como extranjera».

Observamos, entonces, que este artículo menciona de forma taxativa qué entidades pueden llevar a cabo este tipo de hipoteca, ya pueden existir otras entidades financieras que forman parte del sistema financiero, pero las mencionadas en la propia Ley, son las únicas autorizadas para llevarla a cabo.

VII. DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CONTRATO

Lo ideal es que se respete el normal desarrollo de los plazos en los que ha sido fijada la hipoteca inversa; pero, pueden presentarse situaciones imprevistas como premeditadas, que pueden ocasionar un adelanto en lo que respecta a su vencimiento.

La primera de las situaciones que señala la propia Ley, es la *enajenación del bien inmueble*, es decir, el traslado patrimonial del mismo, el cual puede ser concretizado a través de una compraventa, una donación, etcétera. Esta situación se plasma antes de que se honre con la entidad acreedora. Ante esta situación, se plantea la siguiente salida contenida en la propia norma, primero, que se pague lo adeudado y, segundo, proceder a la ejecución del bien, es decir, se protege a la entidad acreedora en aras de la protección y confianza en el sistema crediticio.

Ahora, en el propio texto se da otra alternativa, la *sustitución de la garantía*, es decir, puede utilizarse cualquiera de las figuras que nuestro ordenamiento jurídico regula como garantías como, por ejemplo, el uso de la hipoteca tradicional, una garantía mobiliaria, una anticresis o el ejercicio de un derecho de retención. Aquí, vemos algunas similitudes con la novación dentro del ámbito obligacional. Creemos que el trasfondo es asegurar el cumplimiento frente a la entidad acreedora y, además, velar por los intereses de ésta.

La segunda parte del artículo 6 de la ley, hace referencia a la presencia de la concretización de un contrato nominado sobre el bien inmueble, materia de la *hipoteca inversa*, como también de la aparición de gravámenes o afectaciones sobre el mismo bien; pero, que no son comunicados para su aprobación a la entidad acreedora. No es que esté prohibido llevar a cabo la plasmación de estas figuras sobre el bien inmueble, sino que necesitan de la aprobación respectiva. De no proceder de acuerdo a Ley, se configura una causal para declarar vencido el contrato y proceder a la respectiva ejecución de este tipo de hipoteca, en aras nuevamente de asegurar los intereses de la parte acreedora.

VIII. RESOLUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

La resolución es una figura inherente al ámbito contractual, la misma tiene como fundamento para su aplicación, que se incumpla con un acuerdo previamente plasmado en las cláusulas que constituyen el contrato. Para el presente análisis, el contrato sobre el que versa la hipoteca inversa está dividido en tres grandes campos, en el primero, se desarrolla la situación por la cual la entidad financiera en su rol de acreedor, no cumpla con las prestaciones a las que se comprometió, tomando como base una hipoteca inversa sustentada en doce períodos, si se dejara de cumplir dos o tres prestaciones, la parte perjudicada, en este caso los titulares o el titular de la misma, podrán solicitar la resolución inmediata de la hipoteca inversa, constituida en el contrato del que formaron parte.

También se hace mención a la inclusión de penalidades, es decir, el contrato que recoge esta modalidad de hipoteca es susceptible de que en las cláusulas se incluya una de naturaleza penal, es decir, sancionatoria, en caso se presente un incumplimiento por la parte acreedora. Para la determinación de los montos y de

los intereses que correspondan, se comienzan a contabilizar a partir de la fecha de que ocurre el suceso u hecho que produjo la resolución contractual, es decir, el hecho posterior que puso fin al contrato que contiene la hipoteca inversa.

Por último, en el tercer párrafo es uno de tipo remisivo, ya que hace referencia al reglamento para fijar los pasos y para llevar a cabo la forma en que se concretiza el reembolso. Lo que sí deja en claro, es que no se podrá exigir el pago inmediato de la totalidad del crédito que fue materia de la Hipoteca Inversa. En caso se de una nueva hipoteca inversa sobre el mismo bien que fue objeto de incumplimiento, de darse la ejecución, se dará preferencia a la más reciente y, en segundo lugar, a la antigua que no fue honrada.

IX. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

El inicio del artículo 8 nos expresa que la ejecución de esta modalidad de hipoteca se puede llevar a cabo extrajudicialmente, es decir, sin necesidad de judicializar el presente tema. Esto nos indica que la realización de este tipo de hipoteca, podrá ser llevada a cabo de forma rápida e inmediata buscando el logro de los resultados de forma concreta. A su vez, nuevamente nos encontramos frente a una remisión al reglamento, el cual se erige como pieza fundamental de la aplicación y entendimiento de la presente ley, en este caso, para el ámbito de ejecución extrajudicial. Lo que hay que destacar es que permite la elección de la vía que considere la entidad financiera acreedora sea la más oportuna, es decir, no se descarta ni prohíbe recurrir a la vía judicial. A nuestro criterio, depende mucho de la celeridad y los resultados que se deseen obtener como consecuencia de la ejecución.

X. DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA, SUMINISTRO DE INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO

En la parte final del texto de la ley, se dan dos partes netamente delineadas, la primera, la vinculación como la complementación de normas que se encuentran estrechamente relacionadas con el presente tema, como son el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Ley de Protección al Consumidor. En materia de servicios financieros, la actividad financiera se caracteriza plenamente por ser técnica y especializada, lo que se busca es que el desarrollo de la misma sea claro, que tanto la utilidad como la plasmación de la misma estén al alcance de todos, conociendo sus pros y sus contras, como también la conveniencia o no de utilizar los servicios o figuras relacionadas.

Como ésta debe de ser directa y clara en lo que respecta a sus consecuencias patrimoniales para todos los intervinientes, para ello desarrolla tres conceptos vinculantes y complementarios, el primero, es el de la *transparencia* y se vincula con la información del servicio de lo que implica estar inmerso dentro del uso de una Hipoteca Inversa, es decir, conocer sus ventajas y sus desventajas. Luego de ello, corresponde tomar una decisión al respecto.

Posteriormente, se desarrolla la figura del *asesoramiento* y ésta va de la mano con el acompañamiento técnico que recibe el usuario al ser una figura con un lenguaje técnico, para lo cual, como salida la propia Ley resalta el rol que

tiene la Superintendencia de Banca y Seguros, ya que deberá tener una relación de expertos que asesoren en torno a este tema, destacando que debe existir imparcialidad, ya que la persona que asesora no debe tener vínculo alguno con la entidad financiera acreedora. La actividad de asesoramiento tiene como sostén la evolución de quien requiere el servicio, pudiendo utilizarse los criterios de la edad, la condición económica y uno externo, como la naturaleza de la operación económica a llevar a cabo, analizándose las posibles consecuencias positivas o negativas que se puedan desprender del mismo. Respecto a este punto Cajacuri indica lo siguiente:

En este orden de ideas, si la iniciativa de insertar en el mercado peruano la operación de la hipoteca inversa prospera, lo cual ya es casi un hecho, resultará una opción interesante, toda vez que supondrá la creación de una oferta más en el abanico de operaciones bancarias que permiten acceder a un financiamiento. No obstante, dependerá de la política normativa a la que se oriente la aplicación de la ley de la hipoteca inversa, en conjunto con su reglamento para determinar si la opción resulta ser una alternativa positiva para los usuarios que acceden a ella.⁵

XI. DE LAS DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y MODIFICATORIAS

Las repercusiones que ha traído la Ley de la Hipoteca Inversa, tanto para la sociedad como para el ordenamiento jurídico, han sido diversas, debiendo destacar el rol fundamental que jugará el Reglamento, el cual, de acuerdo al propio texto de la Ley, debió promulgarse a los noventa (90) días de publicada la Ley, ya que amplía y esclarece muchos temas vinculados dentro de la norma, teniendo esta responsabilidad el Ministerio de Economía y Finanzas, en trabajo coordinado con la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Esta última realza su participación en determinar los lineamientos en la confección de los contratos que contengan como eje la Hipoteca Inversa, esto se justifica al ser un tema netamente técnico y especializado.

En otra parte, se hace referencia al rol supletorio del Código Civil, en lo referido al ámbito de los Derechos Reales, en lo que respecta a la naturaleza de los bienes inmuebles y en lo que concierne a las garantías.

Por último, se señala que la presente aplicación de esta norma se dará cuando salga a la luz su Reglamento. Creemos que esta decisión es oportuna, debido a que, sin ambos instrumentos, no se podrá llegar a un entendimiento cabal de la misma.

Las modificaciones en el ordenamiento las podemos observar en dos normas puntuales, la primera, la Ley n.º 26702, Ley del Sistema Financiero; y, la segunda, la Ley n.º 28971, Ley que crea las Empresas Administradoras Hipotecarias. En el caso de la primera, se dan dos sucesos, la incorporación del inciso seis (06) al artículo 118 de la citada Ley, cuando se excluye este tipo de hipoteca en el proceso de liquidación de la entidad financiera en su rol de acreedora cuando

5 CAJACURI, Paul. «Inclusión de la hipoteca inversa en el contexto normativo peruano. Análisis ex ante de las contradicciones, riesgos y posibilidades que ello representa». En: *Actualidad Jurídica*, n.º 287, Lima, 2017, p. 61.

tenga la naturaleza de ser una empresa de operaciones múltiples; y, la segunda situación, se da con la incorporación de una nueva operación financiera, las que se encuentran reguladas en el artículo 221, cuando se añade el numeral 5-A, que señala la procedencia de otorgar préstamos bajo la modalidad de la Hipoteca Inversa, emitiendo la documentación correspondiente, pudiendo darse la misma en moneda nacional o extranjera, es decir, la Hipoteca Inversa también es susceptible de ser fijada en moneda extranjera como síntoma de la apertura comercial y el flujo de liquidez necesario en todo tipo de mercado.

En lo referente a la Ley n.º 28971, Ley que crea las Empresas Administradoras Hipotecarias, se ha visto afectada por la presente Ley, en su artículo 6, cuando se incluye en su texto lo siguiente: «*Los créditos inmobiliarios también podrán corresponder a la modalidad de la hipoteca inversa a que se refiere la ley de la materia*». Estamos frente a una adecuación que busca la concretización del uso de esta figura mediante el ejercicio de las actividades propias e este rubro, con lo cual se apertura un número mayor de operaciones y opciones para la sociedad, como también para este tipo de entidades en su diario quehacer en el mercado.

XII. CONCLUSIONES

- La importación de instituciones de carácter patrimonial que han tenido éxito en otras sociedades y que ya cuentan con una larga data y vasta utilización de esta figura, no asegura que la recepción en el medio peruano sea exitosa, para lo cual una adecuada difusión como estudio de esta norma, asegurará una mejor comprensión en su aplicación, siempre que se destierran tecnicismos exacerbados y de difícil asimilación para los operadores jurídicos.
- Como se ha podido apreciar, esta modalidad de hipoteca concentra dentro de sí características propias que la hacen distinta a las reglas aplicadas de manera tradicional a la clásica hipoteca, sin dejar de lado la posibilidad de remisión a normas generales que complementen el uso de esta norma como el Código Civil y la Ley del Sistema Financiero.
- La existencia de muchos vacíos dentro de esta ley, hace que el rol que juegue su Reglamento tenga un peso más que significativo en el éxito de la implementación de la misma dentro del sistema jurídico nacional, por lo que la confección de este último debe abordar detalladamente cada uno de los aspectos vacíos o dejados de lado en la Ley, para otorgar claridad en la aplicación de esta norma y no genere futuros conflictos e interpretaciones contradictorias.
- La complementación por parte del sistema normativo sumado a la concurrencia de otras normas especializadas en torno a la correcta y viable aplicación de la Hipoteca Inversa, hacen que ésta exija a los operadores jurídicos un manejo fluido de las instituciones y de todo el conjunto jurídico normativo vinculado al tema patrimonial.

- El proceso de adaptación en la utilización como en la comprensión cabal de la Ley de la Hipoteca Inversa, dentro de la sociedad en general, dependerá de la capacitación y de una adecuada implementación por parte del Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones, de forma conjunta con el Ministerio de Economía y Finanzas.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

CAJACURI, Paul. «Inclusión de la hipoteca inversa en el contexto normativo peruano. Análisis ex ante de las contradicciones, riesgos y posibilidades que ello representa». En *Actualidad Jurídica*, n.º 287, Lima, 2017.

CHIPANA, Jhoel. «Comentarios críticos a la Ley de la Hipoteca Inversa». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 60, Lima, 2018.

CHIPANA, Jhoel. «La nueva ley que regula la hipoteca inversa ¿Más preguntas que respuestas?». En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 58, Lima, 2018.

QUINTEROS, Javier. «La hipoteca inversa y el financiamiento de adultos mayores». En *Actualidad Civil*, n.º 21, Lima, 2016.

QUINTEROS, Javier. «La hipoteca inversa como fuente de financiamiento». En *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 31, Lima, 2016.

Del divorcio por causal, al divorcio incausado

*Marco Carmona Brenis**

Sumario: I. Introducción. – II. Matrimonio. – III. Autonomía privada y derecho de familia. Sistemas de Divorcio. – IV. Divorcio. – V. Consecuencias y críticas del divorcio por causas inculpatorias. – VI. Divorcio incausado. – VII. Conclusiones. – VIII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza el proceso de divorcio en nuestra codificación civil, a través del análisis del sistema, su desarrollo y sus consecuencias jurídicas, así como su fundamentación en el principio de autonomía de los cónyuges como base del matrimonio, con la finalidad de proponer a partir del análisis doctrinario y de la legislación comparada, como el sistema brasileño y argentino, en los que se regula el denominado divorcio incausado de manera unilateral, que tiene como objeto evitar la subsistencia de la obligación de uno de los cónyuges de continuar con un matrimonio sin tener el deseo de mantenerse ligado jurídicamente al otro, lo que no sucede en nuestra legislación, en la que ante la falta del acuerdo mutuo de los cónyuges de querer separarse, se debe llevar a cabo un proceso de divorcio basado en una causal que conlleva a determinar en su caso quién es el cónyuge culpable y quién es el inocente, determinándose sus consecuencias tanto de carácter patrimonial como no patrimonial, empeorando de esta forma, la relación conyugal y, en su caso, la relación de estos, en especial del cónyuge culpable, respecto de los hijos.

* Abogado y doctor en Derecho por la Universidad César Vallejo. Segunda Especialidad en Derecho de Familia por la Universidad Señor de Sipán. Profesor ordinario asociado de la Universidad César Vallejo (Piura). Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Civil. Socio honorífico de la Gerenciación Empresarial (Puebla, México).

II. MATRIMONIO

Antes de analizar el divorcio, es necesario partir de la definición del matrimonio. Al respecto, el Código Civil lo define en su 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.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

Es decir, la legislación considera como fuente del matrimonio a la voluntad de los contrayentes, teniendo como fin principal la vida en común, basado en el principio de igualdad entre los cónyuges.

Barrio, considera que «*El matrimonio es [...] una unión voluntaria y estable de dos personas independientes para compartir un destino común, basado en relaciones afectivo-sexuales, de cooperación y mutua ayuda*».¹

Podemos agregar a lo antes expuesto que, desde una concepción contemporánea, el matrimonio se convierte en un medio o instrumento de los cónyuges para el logro de su desarrollo personal, esto correspondiendo al reconocimiento de una concepción de familia acorde con los cambios sociales.

En el nuevo orden constitucional, la sociedad es una sociedad de individuos, no de familias; la familia no es un grupo especial, con objetivos propios, que persiga fines distintos de los de sus integrantes, planteamiento que justificaría su personalización, ni tampoco tiene encomendada ninguna función política que cumplir, visión actualmente que se encuentra superada. El reconocimiento de los derechos se efectúa a favor del individuo y la familia, en cuanto tal, no puede tenerlos al carecer de personalidad.²

III. AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO DE FAMILIA

La autonomía de la voluntad en el derecho de familia y, en concreto, en el derecho matrimonial, no es más una afirmación de la libertad de los miembros de la pareja que, como seres humanos, tiene el derecho fundamental del libre desarrollo de su personalidad (el subrayado es nuestro).

Con la evolución social de una cultura de independencia personal y matrimonial de los cónyuges, es frecuente encontrarse con modelos matrimoniales en los que ambos miembros de la pareja perciben ingresos. Se trata de una tendencia hacia una independencia económica. A esta independencia económica de los esposos, debemos añadir una cultura divorcista.

La ruptura matrimonial ha dejado de ser algo infrecuente para percibirse socialmente como una posibilidad y, de ahí que, se esté observando un interés por regular anticipadamente sus consecuencias.

Proliferan, de esta forma, las familias reconstituidas en las que los cónyu-

1 BARRO GALLARDO, A. *Autonomía privada y matrimonio*. Madrid: Editorial Reus, 2016, p. 214. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=4823951>.

2 BARRO GALLARDO, A. *Op. cit.*, p. 194.

ges han aprendido de experiencias pasadas y pretenden «asegurarse» de controlar al máximo una eventual ruptura.³

Para Barrio, «La autonomía privada suele definirse como el poder de auto-determinación de la persona individual; esa idea de una cierta autarquía personal y de disponer de los asuntos que al mismo titular conciernen está omnipresente en cualquier enunciación de este principio general».⁴

Asimismo, el referido autor agrega que se abre la posibilidad de que la autonomía de la voluntad, además de crear y extinguir, pueda también modificar esta relación jurídica, personalizando el matrimonio, aunque sin llegar a desnaturalizarlo.⁵

En definitiva, en palabras de Pérez Hereza «la determinación de la amplitud del principio de autonomía de la voluntad en el derecho de familia, es una cuestión fuertemente influida por concepciones morales y sociológicas, por tanto, en constante evolución, paralela a la que incide sobre el concepto mismo de familia».⁶

Según Víctor Moreno, para la identificación de lo que sea moral y buenas costumbres en la sociedad, en cada momento, hay que atender a la jurisprudencia como aplicación viva del Derecho. No obstante, al tratarse de un concepto dinámico, el juez debe estar atento a los valores morales y costumbres de la sociedad en la que vive, para poder limitar la voluntad de los cónyuges por ser contrarias a aquellos.⁷

Diez Picazo, citado por Víctor Moreno, (2013, p.44) señala que el orden público «Son principios rectores de una comunidad que aun en ausencia de normas imperativas, quedan fuera del poder de disposición de los particulares [...] El orden público siempre se reflejan en normas imperativas, pero no todas las normas imperativas forman parte del orden público».⁸

Por ultimo, Moreno señala que el derecho de familia vendrá delimitado por aquellos intereses que sean relativos a la organización básica de la sociedad – «orden» – y que sean necesarios para los intereses generales – «público» – . De esta forma, normalmente atenderán a la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges en tanto que ciudadanos – vida, libertad, salud, etcétera – y de los hijos.⁹

El reconocimiento de la igualdad conyugal supone la sustitución de los criterios de autoridad y mando, y sus correlativos conceptos de obediencia y sumisión, por relaciones basadas en la reciprocidad; las órdenes provenientes del cabeza de familia son desplazadas por el acuerdo, expresión singular del nuevo

3 MORENO VELASCO, Víctor. *Autonomía de la voluntad y crisis matrimonial*. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 27-28.

4 BARRIO GALLARDO, A. *Op. cit.*, p. 6.

5 *Ibidem*, p. 214.

6 Pérez Hereza, Juan. Citado por: MORENO VELASCO, Víctor. *Op. cit.*, p. 29.

7 MORENO VELASCO, Víctor. *Op. cit.*, pp. 43-44.

8 DIEZ PICAZO, Luis. Citado por: MORENO VELASCO, Víctor. *Op. cit.*, p. 44.

9 MORENO VELASCO, Víctor. *Op. cit.*, p. 44.

concepto de autonomía privada. Habrá continuos pactos y transacciones entre los miembros componentes de la pareja y entre ambos o cada uno de ellos y los hijos, para fijar las líneas directrices y tomar decisiones en el ámbito doméstico.¹⁰

IV. DIVORCIO

4.1. Cuestiones preliminares

La participación de la mujer en la toma de decisiones concernientes a la dirección y gobierno de la familia, se plasma en acuerdos entre cónyuges o convivientes que, a través del contrato (*rectius*, negocio jurídico), van desmontando la obsoleta estructura patriarcal. Desaparece el organigrama piramidal y la necesidad de que en todo grupo humano exista una única potestad directiva y cada miembro tenga preasignada una función conforme al orden natural. La mujer ya no tiene por qué resignarse al cuidado de la prole y del hogar; muy al contrario, desarrolla una actividad remunerada en paridad de grado al varón y, así, conquista su independencia económica. Este hecho marca el principio del fin y, luego, el adiós definitivo a la estructura jerarquizada y al modelo de configuración unitaria, y la bienvenida a la familia moderna, acompañada de una legislación más permisiva sobre el divorcio, a veces también llamada contractual o voluntarística.¹¹

El fenómeno de privatización, se inicia con la admisión de la separación Convencional o, de hecho, que fue paulatinamente admitida gracias a los esfuerzos de la praxis notarial, cuyos pactos antaño se reputaban contrarios a la moral y, por tanto, bajo censura jurídica. Sentadas las bases con ocasión del fracaso matrimonial, el siguiente paso —quizá el más trascendental— se produjo con la admisión del divorcio; el reconocimiento de esta facultad contractualizaba la institución matrimonial al dejar su continuidad, tras el transcurso de una previa separación convenida, al mero albur de las partes. Poco a poco, se abre paso la idea de una extinción consensual del matrimonio, al conceder idéntica causa eficiente al consentimiento en su momento inicial, para generar el vínculo (*mutuo consenso*) y, después, para ponerle fin (*mutuo disenso*).¹²

También pueden pactarse las consecuencias del divorcio, una vez sobrevenida la crisis, alcanzando la materia objeto de acuerdo la práctica totalidad de las cuestiones atinentes a la extinción matrimonial: Liquidar anticipadamente la sociedad conyugal, atribuir el uso de la vivienda, renunciar unilateral y previamente a la prestación compensatoria o temporalizarla, hacer lo propio con la compensación por trabajo para el hogar; además, tales acuerdos serán válidos y vinculantes para las partes, aunque queden al margen del convenio regulador y su eficacia se extenderá a sujetos no intervenientes desde su aprobación judicial. Cabe incluso prever anticipadamente, dichos efectos, aun antes de que la ruptura

10 BARRIO GALLARDO, A. *Op. cit.*, p. 18.

11 *Ibidem*, pp. 19-20.

12 *Ibidem*, p. 199.

haya tenido lugar y sólo para cuando efectivamente se produzca. El convenio regulador permite desplazar las consecuencias legales y crear un escenario.¹³

4.2. Definición

Se denomina divorcio a la institución legal que permite la disolución vincular del matrimonio en vida de ambos cónyuges.¹⁴

Es decir, el divorcio (vincular) es el medio de poner fin a la unión matrimonial, extinguiéndose los deberes y derechos que nacen del matrimonio, determinándose sus consecuencias jurídicas.

4.3. Clases y sistemas de divorcios

La doctrina reconoce la existencia de dos formas de divorcio, el denominado divorcio vincular y la separación de cuerpos, o también llamados divorcio absoluto y divorcio relativo, respectivamente. En el primero de los casos, no sólo se pone fin a la vida conyugal, sino que, además, se extingue jurídicamente dicha relación; en cambio, en el segundo de los casos, subsiste la relación jurídica del matrimonio, pero, se ponen fin a la vida conyugal, subsistiendo también algunos deberes del matrimonio, como son el de ayuda mutua y el de fidelidad, tal y como lo prevé el Código Civil en su artículo 332, al señalar que «La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial».

Estas clases de divorcio se deben decretar judicialmente, cuando se hace en base a las 13 causales previstas en el artículo 333 del Código Civil; pero, también en nuestra legislación se puede tramitar notarialmente o ante la Municipal, lo que la doctrina llama divorcio administrativo, cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges o se produzca la separación de hecho.

Siguiendo a Marisa Herrera,¹⁵ respecto a los sistemas de divorcio se puede establecer la siguiente clasificación:

1. Con expresión de causa (causado, judicial)
 - 1.1. Causales subjetivas (divorcio sanción)
 - 1.2. Causales objetivas (divorcio remedio)
2. Sin expresión de causa (incausado)
 - 2.1. Bilateral (mutuo consenso)
 - a) Sede judicial. Se le atribuye fuerza vinculante a la voluntad de los cónyuges.

13 *Ibidem*, p. 200.

14 LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*, Madrid: Dykinson, 2010, 4.^a edición, pp. 90-91. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3429201>.

15 HERRERA, Marisa. *El divorcio en el Derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus, 2012 p. 249. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3229125>.

b) Sistemas mixtos (desjudicializarían parcial)

- Jurídico notarial,
- Jurídico administrativo.

2.2. Unilateral (Nicaragua, Suecia, España), siempre en sede judicial.

En la concepción del divorcio por declaración judicial, la diversidad de modalidades se presenta en función del sentido de la justificación del mismo, ya sea como reacción proporcionada a la conducta reprochable de uno de los esposos, legalmente tipificada (*divorcio sanción*), ya como solución o salida de la ruptura de la vida conyugal, considerada en sí misma y sin atención específica a una eventual culpabilidad, como irremediable o irreversible, o a la situación insopportable que para un esposo suponen, objetivamente y sin su culpa, la conducta o las circunstancias del otro (*divorcio quiebra o divorcio remedio*, expresiones utilizadas indistintamente e, incluso, como sinónimas), o ya como *divorcio por mutuo consentimiento* judicialmente apreciado, siquiera en un procedimiento de simple homologación. Cabría hablar también, cuando en el divorcio por causa objetiva se reconoce al juez poder para investigar y apreciar la efectiva ruptura de la armonía conyugal y atenerse solamente a este dato, de *divorcio constatación*.

En nuestro sistema judicial, se reconoce un sistema mixto, es decir, que se puede plantear la demanda de divorcio invocando una causal inculpatoria a uno de los cónyuges, denominado divorcio sanción; pero, también se puede hacer de mutuo acuerdo o por la separación de hecho (dos meses), denominado divorcio remedio.

Para Carmen Cabello, se trata de dos causales que, en términos teóricos y legislativos generales, son propias del sistema divorcio remedio, en su modalidad de causal objetiva, la primera; y, de causal genérica de divorcio quiebre, la segunda.

Las causales objetivas y subjetivas por las que se promueve un juicio de divorcio no son antagónicas e incompatibles; existe —entre ambas— una íntima conexión, más allá de su virtual autonomía [...] Toda causal subjetiva comprende el sustrato objetivo, de manera que cuando se promueve el divorcio por una causal imputable a la conducta de uno de los esposos —en el fondo— se está expresando también que el matrimonio está destruido porque los esposos ya no conviven. Lo expuesto significa que, aunque no se acrediten los hechos inculpatorios, siempre queda subsistente el presupuesto mínimo para que proceda el divorcio, el quiebre irremediable del matrimonio.¹⁶

Alex Plácido, señala que la concepción del divorcio como sanción, se basa en la idea de que aquél se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges, que se traduce en la frustración de la finalidad del matrimonio, por lo que el otro cuenta con interés legítimo para demandar; si no fuera dable imputarle alguno de los incumplimientos aludidos que la ley denomina como «causales», faltaría el sustento mismo de la acción. La concepción del divorcio como remedio, se sustenta en la

16 HERRERA, Marisa. *Op. cit.*, p. 275.

trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar.¹⁷

El referido autor afirma que «la consagración del divorcio-remedio, altera radicalmente el fundamento de la institución del divorcio y representa una idea nueva del matrimonio y de la familia. En la práctica asistimos al derrumbe del sistema del divorcio-sanción por causas específicas y bien determinadas. Sistema que están en tránsito de abandonar numerosos países. Predomina la tendencia a la liberalización del divorcio que se traduce en la adopción del divorcio-quiebra o por causas objetivas descritas por ley, sin perjuicio de la custodia de los intereses sociales, de los cónyuges y de los hijos».¹⁸

Para Marisa Herrera las causales subjetivas o culpables son verdaderos «actos ilícitos» –tal como se lo define en la teoría de los actos jurídicos–, es decir, son conductas reprochables desde el punto de vista jurídico.¹⁹

El derecho brasileño prevé como modalidades de extinción del matrimonio, el divorcio (medio voluntario) y la muerte (medio involuntario, *ope legis*). La separación judicial tiene, como consecuencia jurídica, tan solamente la disolución de la sociedad conyugal, permaneciendo íntegro, con todo, el matrimonio.²⁰

Aida Kemelmajer, refiere lo siguiente:

El derecho constitucional proporcionó nuevos puntos de mira; esto explica que la mayoría de las leyes admita tramitar el divorcio por mutuo acuerdo, procedimiento que protege la intimidad de los cónyuges; declaren la irrenunciabilidad del derecho a peticionarlo, etcétera [...] Visualizan el «nuevo divorcio» como remedio, no como sanción.

Se inclinan por formas sencillas y consensuadas y muestran como el fiel que siempre ha estado del lado del procedimiento judicial (Argentina, Bolivia, Costa Rica, España, Panamá, Puerto Rico), empieza a moverse por el divorcio extrajudicial, sea por vía administrativa, sea por vía notarial (Colombia, Cuba, Ecuador, Perú, Portugal, etcétera).²¹

V. CONSECUENCIAS Y CRÍTICAS AL DIVORCIO POR CAUSAS INCULPATORIAS (DIVORCIO SANCIÓN)

Los conflictos familiares se caracterizan por su alta densidad y complejidad. Lo que entra en juego no son simplemente las expectativas e intereses que admite el proceso judicial, sino una amplia gama que engloba y/o esconde fuertes emociones y sentimientos. Con gran frecuencia aparecen, en los desacuerdos que manifiestan las partes en el procedimiento, los motivos que realmente im-

17 PLÁCIDO V., Alex. *Las causas de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2008, p. 35.

18 *Ibidem*.

19 HERRERA, Marisa. *Op. cit.*, p. 42.

20 VAINSENCHER. 2009, p.125. FALTA COMPLETAR ESTA FUENTE, EL AUTOR NO LA LISTA EN LA BIBLIOGRAFÍA.

21 KEMELMAJER, Aida. *El divorcio en el derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus, 2009, p. 14. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3229125>.

pulsan al enfrentamiento: Rencor, deseo de venganza, frustraciones, etcétera. Se alude al conflicto encubierto como determinante del litigio y de la persistencia de una situación de enfrentamiento, que no termina con la resolución judicial.²²

El divorcio es, por lo general, el resultado de una problemática que comenzó mucho antes de que los miembros de la pareja tomaran la decisión de separarse; sin embargo, y aunque la solicitud del divorcio es sin duda un intento de solucionar estos conflictos, en la mayor parte de los casos, los integrantes de la pareja sólo logran que las disputas y conflictos adopten otras maneras y contenidos, pero, no que desaparezcan después de la ruptura. Las separaciones se ven precedidas de un periodo previo donde los miembros de la pareja se hacen daño mutuamente con comentarios detractores (en especial, si hay terceras personas implicadas), o simplemente se ignoran entre ellos.

En bastantes ocasiones, la separación produce mellas en la autoestima y en la identidad personal de ambos integrantes de la pareja, llevándolos muchas veces a creer que son personas poco atractivas o inadecuadas sexualmente. Existen factores que se asocian con la aparición de estos sentimientos, entre ellos: Sentimientos de culpa por fracasar en el matrimonio o por no poder mantener íntegro el hogar para los hijos, acusaciones que se reciben por parte de la pareja y de la familia, los cambios negativos en la organización de las actividades, la disminución del tiempo para los hijos y el propio, la reducción del poder adquisitivo y el nuevo papel social que pasan a desempeñar.²³

El divorcio o separación conyugal no sólo constituye un fenómeno estadístico, demográfico y sociológico de extraordinaria extensión y amplitud, sino que se caracteriza por ser particularmente un proceso psicológico significativo con implicaciones profundas en la vida de los individuos.

Según Bengoechea, éste es un fenómeno que abarca múltiples definiciones del divorcio: Legal (ruptura del contrato legal), económico (dos unidades económicas y no una), físico (dos residencias), emocional (pasar de una dependencia a una independencia afectiva), familiar (el cambio de estatus dentro de los grupos familiares); y, que impacta en todas las facetas de la vida y exige una reorganización cuidadosa en las mismas y en los sujetos afectados.

Es por ello, que la ruptura conyugal se considera como una experiencia muy estresante para ambos cónyuges; pero, que llega en mayor medida a los hijos.

García considera que los cambios en la vida cotidiana y las actitudes psicopatógenas (como el autoritarismo, la permisividad, el rechazo, la sobreprotección, entre otros), que asumen los padres hacia sus hijos, posteriores al divorcio,

22 GARCÍA GARCÍA, L. *Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 71. Recuperado de:<http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3212579>.

23 VALDÉS CUERVO, Á. A. *Familia y desarrollo: Intervenciones en terapia familiar*. México, D.F.: Editorial El Manual Moderno, 2007, pp. 64-65. Recuperado de:
<http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3215513>.

provocan problemas físicos, emocionales, escolares y sociales a corto, mediano y largo plazo.²⁴

Respecto a las consecuencias del denominado divorcio sanción (inculpatoria), Marisa Herrera (2009: p.40) señala:

La generalidad de estos divorcios destructivos, encuentran en el marco judicial un ámbito propicio para agudizar la pelea, para perpetrar en el tiempo su conflicto, a través de una estructura que está basada en un modelo controversial. Cuando la familia llega a dar forma jurídica a su ruptura, se encuentran con un cúmulo de instituciones que, sin la debida coordinación, más bien propendan a amplificar la problemática cuya solución se busca a través de las acciones que se inicien. Esto trae muchos inconvenientes que obstaculizan la superación de esta etapa disfuncional: a) la presencia de un público (hijos, parientes, amigos, el mismo tribunal) que espera y alienta determinadas acciones de los protagonistas; b) la necesidad de justificar acciones pasadas (tal vez erróneas), mediante un compromiso de guerra permanente, que veda la retirada; c) la necesidad de reducir la disonancia cognitiva: cuando el sacrificio ha sido hasta el momento muy costoso, y no hay compensación, se experimenta una disonancia cognitiva cuya reducción requiere amplificar las 'razones morales' de semejante costo; d) la creación de una 'trampa situacional', que cambió la relación con los otros, redujo las libertades individuales, etc.; e) la Ley de Gresham, que se cumple cuando el conflicto se vuelve independiente de las causas que lo motivaron y adquiere un impulso propio. Los elementos peligrosos de la situación se combinan para impedir reducir el conflicto.²⁵

Por su parte, Mauricio Mizrahi, brinda sendos argumentos que conforman una sólida «crítica al sistema de la incusión» como ser: a) La «*harto probable determinación, con un gran razonable de certeza, del real responsable – si es que existe – del fracaso conyugal*» y, por lo tanto, «la probable arbitrariedad de la sentencia» ante esta dificultad; b) La falsedad del concepto de único culpable del divorcio, restándole al otro cónyuge el rótulo de «*inocente*», «a la luz de los estudios interdisciplinarios»; c) Las «perniciosas consecuencias en el núcleo familiar, especialmente en los hijos» del desarrollo de un proceso contradictorio incusatorio; d) La función docente de las leyes, por lo cual se impugna «la viabilidad del juicio de reproche, en la medida que opera como un estímulo para que aquellas tendencias destructivas del sujeto se desarrolle y desplieguen a la luz de un proceso orientado hacia la identificación de un culpable»; y, e) El divorcio sanción es contrario a la dignidad humana.²⁶

VI. DIVORCIO INCAUSADO

Marisa Herrera señala lo siguiente:

En un contexto donde prima la resolución pacífica de conflictos por sobre el sistema adversarial en el campo del derecho en general y, en especial, el derecho de familia; la mayor especialización de los operadores jurídicos (tanto de los tribunales como de los abogados); la consecuente formación interdisciplinaria y la observancia de que un «buen divorcio» incide de

24 NÚÑEZ MEDEROS, Carmen Susana, Caridad PÉREZ CERNUDA, y Marta CASTRO PERAZA. (2017). «Consecuencias del divorcio-separación en niños de edad escolar y actitudes asumidas por los padres». En *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 33(3), 2017, p. 298. Recuperado el 6 de junio de 2018, en: [dehttp://scielopruuba.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252017000300003&tlang=es&tlang=es](http://scielopruuba.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252017000300003&tlang=es&tlang=es).

25 HERRERA, Marisa. *Op. cit.*, p. 40.

26 *Ibidem*, pp. 40-41.

manera favorable en la relación paterno-filial, constituyen algunos de los fundamentos que vendrían a impulsar un cambio en el tratamiento legislativo de las causales de divorcio. Con mayor precisión, a estudiar con seriedad la oportunidad, mérito y conveniencia de pasar de un doble sistema causado-incausado a un sistema único, donde sólo se les posibilite a los cónyuges ventilar en tribunales causales objetivas y no sus dolores más íntimos. En este sentido, las causales culpables serían materia de abordaje por parte de otras disciplinas no jurídicas.²⁷

En el Semanario Judicial de la Federación Mexicana, se publicó una sentencia de la SCJN, que, dentro de sus argumentos, señala los siguientes:

Se ha estimado también que la exigencia de acreditar una causal de divorcio para que sea decretada la disolución del vínculo matrimonial constituye una afectación al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Debido a que para que opere dicha disolución «es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio [...] pues la voluntad del individuo de no seguir vinculado con su cónyuge es preponderante, la cual no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado». Esta manifestación «constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil», siendo, por lo tanto, «la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida».²⁸

El divorcio llamado incausado, se basa en la autonomía del o los cónyuges, quienes no tienen que basar su decisión de poner fin a su relación conyugal en una causa, de la misma forma como se constituye el matrimonio, es decir, por decisión voluntaria, lo que exige basarse en una causal sea subjetiva u objetiva, afectaría a su libre desarrollo de personalidad, por lo que se debe de ampliar o reducirse la causal en la simple declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges de poner fin al matrimonio, debiendo determinarse judicialmente los efectos jurídicos, principalmente respecto al ejercicio de la tenencia de los hijos, de la pensión de alimentos y de la extinción del régimen patrimonial.

VII. CONCLUSIONES

- El principio de autonomía de la voluntad es uno de los pilares en las relaciones familiares, que debe estar en concordancia con el orden público y las buenas costumbres, siendo éste el fundamento de la constitución del matrimonio y, por ende, también lo debe ser de su extinción.
- Los sistemas jurídicos divorcistas, son una respuesta a la presencia de nuevas estructuras familiares, por lo que esto debe basarse no sólo en causas inculpatorias o remediales, sino que, además, éstas últimas deben dejar a la libertad a uno de los cónyuges de decidir poner fin a su relación matrimonial, sin exigirse el acuerdo mutuo con el otro cónyuge.
- Los procesos de divorcios por causas subjetivas, no hacen más que acre-

²⁷ *Ibidem*, p. 41.

²⁸ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación «Divorcio sin expresión de causa, constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad», 10.^a Época, Libro 15, febrero de 2015, tomo II, p. 176. Recuperado de: <http://www.ceed.org.mx/dh-proximamente.html>.

centar el conflicto suscitado antes del proceso mismo de divorcio, perjudicando de manera personal a los mismos cónyuges y, en especial, a la prole, que muchas veces se encuentran en medio de una guerra judicial, sin saber la verdadera causa de la misma.

- Con la finalidad de promover una cultura de paz en los conflictos familiares, se debe empezar a trabajar en la regulación de la mediación familiar, como mecanismo preventivo de la solución de los conflictos familiares, en donde los cónyuges puedan contar con un asesoramiento no sólo legal, sino multidisciplinario, a efectos de poder afrontar de la mejor manera las consecuencias de un divorcio.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acedo Penco, Á. y Pérez Gallardo, L. B. *El divorcio en el Derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus, 2009. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3229125>.

Barrio Gallardo, A. *Autonomía privada y matrimonio*. Madrid: Editorial Reus, 2016. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=4823951>.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación «Divorcio sin expresión de causa. Constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad», 10^a Época, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, Recuperado de: <http://www.ceead.org.mx/dh-proximamente.html>.

García García, L. *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, 2003. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3212579>.

Herrera Marisa. *El divorcio en el Derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3229125>.

Lacruz Berdejo, J. L. *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia, 4^a ed.* Madrid: Dykinson, 2010. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3429201>

Moreno Velasco, Víctor. *Autonomía de la voluntad y crisis matrimonial*. Navarra: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

Nuñez Mederos, Carmen Susana; Pérez Cernuda, Caridad y Marta Castro Peraza. «Consecuencias del divorcio-separación en niños de edad escolar y actitudes asumidas por los padres». En: Revista Cubana de Medicina General

Integral, 33(3), 296-309, 2017. Recuperado el 6 de junio de 2018, de: [dehttp://scieloprueba.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252017000300003&lng=es&tlang=es](http://scieloprueba.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252017000300003&lng=es&tlang=es).

Kemelmajer, Aida. *El divorcio en el Derecho iberoamericano*. Madrid: Editorial Reus, 2009. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3229125>.

Plácido V. Alex. *Las causas de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta jurídica editores, 2008.

Valdés Cuervo, Á. A. *Familia y desarrollo: intervenciones en terapia familiar*. México, D.F.: Editorial El Manual Moderno, 2007. Recuperado de: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibspansp/detail.action?docID=3215513>.

Comentarios a algunas propuestas de reforma contenidas en el Libro de Familia del Proyecto de Modificación «no oficial» del Código Civil

*Mario Castillo Freyre**

Sumario: 1. Necesaria precisión. – 2. Sobre el artículo 295: Elección del régimen patrimonial. – 3. Sobre el artículo 296: Sustitución del régimen patrimonial. – 4. Sobre el artículo 303: Administración de bienes propios. – 5. Sobre el artículo 307: Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales. – 6. Sobre el artículo 311: Reglas para calificación de los bienes. – 7. Sobre el artículo 315: Disposición de los bienes sociales. – 8. Comentario final.

I. NECESARIA PRECISIÓN

Antes de realizar comentarios puntuales sobre algunas normas que se pretende modificar de nuestro Código Civil, quisiera dejar sentada mi posición en torno a algunos hechos que se han suscitado en el medio jurídico peruano.

Como sabemos, a inicios del mes de julio de este año, el portal web LaLey..pe publicó un documento que, según dicha información, sería el texto del Anteproyecto de Reforma al Código Civil.

Sin embargo, de manera sorpresiva, mi buen amigo, el abogado Carlos Agurto Gonzales, en su calidad de integrante de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejoras al Código Civil, constituido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, informó que «la versión del anteproyecto de reforma de ese cuerpo normativo que viene circulando en las redes sociales no es la oficial. La versión que viene circulando es un documento preliminar, presentada por el Grupo de Trabajo al Minjus, pudiendo ser modificado por el Ministerio, o

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

en coordinación con el Grupo de Trabajo. La difusión del documento preliminar se ha realizado sin autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o del Grupo de Trabajo».

Cabe señalar que este post, publicado en la cuenta de Facebook del citado profesor, fue posteriormente eliminado.

Luego de ello, el profesor y apreciado colega Gastón Fernández Cruz, en su calidad de Presidente del Grupo de Trabajo, publicó en su cuenta de Facebook un «Aviso Importante sobre la circulación del Anteproyecto de Reforma del Código Civil».¹

Sin perjuicio de ello, quisiera señalar algunas cosas en relación a estos hechos.

La primera está relacionada a un tema que nos interesa a todos y es que, como sabemos, el Código Civil es la norma que más utilidad práctica posee en nuestra sociedad. De hecho, otras ramas del Derecho lo necesitan, a efectos de resolver problemas y situaciones puntuales, razón por la cual todo intento de modificación que se quiera realizar a este cuerpo legal debe pasar por un proceso que involucre a todos los peruanos.

En ese sentido, y de la comunicación que el profesor Agurto ha publicado (que, como miembro del Grupo de Trabajo, debe dársele la importancia que amerita), se aprecia con absoluta claridad dos cosas:

- (i) El documento que circula en las redes sociales es el documento oficial del Grupo de Trabajo conformado para plantear mejoras a nuestro Código Civil.

1 «Como es de conocimiento de ustedes, con fecha 4 de julio de 2018, el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil que presido, hizo entrega al MINJUS del Anteproyecto de Reforma del Código Civil.

Sin embargo, en menos de 24 horas posteriores a la entrega, el Grupo de Trabajo tomó conocimiento que el referido Anteproyecto estaba siendo difundido por algunos portales jurídico (sic) web tales como La Ley y Legis.pe, en flagrante violación a la confidencialidad a la que está sujeta el documento; publicaciones no autorizadas ni por el Grupo de Trabajo ni por el MINJUS. El documento que está circulando, no constituye aún ni la versión final ni la oficial, toda vez que todavía está sujeto al procedimiento interno de observaciones del MINJUS, así como a revisión final por el propio Grupo de Trabajo.

El Grupo de Trabajo lamenta profundamente la práctica de algunos medios de información jurídica que han divulgado un documento confidencial, negándose a retirarlo, aduciendo que se trata de un documento de interés público, pese a haberseles advertido a través de la Secretaría Técnica que se trata de un documento que no es el final y que es todavía confidencial.

El Grupo de Trabajo ha decidido poner oficialmente en conocimiento del MINJUS lo ocurrido a fin de que se inicien las investigaciones correspondientes y, de ser posible, se identifique a los responsables de esta flagrante violación de un documento confidencial.

El Grupo de Trabajo exhorta a toda la comunidad jurídica a no prestarse a comentar y menos escribir en revistas jurídicas sobre el documento que está circulando, no sólo por tratarse de un documento que no es el definitivo, sino principalmente porque quienes lo hagan podrían ser partícipes de complicidad en la violación cometida.

Oportunamente, luego de concluido el procedimiento administrativo correspondiente, se pondrá a debate nacional el Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil, en el que durante casi dos años han intervenido en su elaboración más de sesenta juristas nacionales, tanto de Lima como de provincias.»

- (ii) Es evidente que el Ministerio puede modificar ese trabajo que dicho Grupo ha entregado.

Sin embargo, lo que me preocupa es que se quiera sacar del ámbito de la sana crítica y debate un documento que sí constituye el documento final y oficial del Grupo de Trabajo conformado para este fin, en el que, dicho sea de paso, han colaborado e integrado reconocidos profesores y amigos míos.

No entiendo la razón por la cual se quiere hacer una distinción que todos sabemos que existe, pues es claro que una cosa es el documento final y oficial del Grupo de Trabajo y otra, muy distinta, es el documento final y oficial que el Ministerio vaya a presentar a la sociedad para su debate público.

El debate y discusión del documento final del Grupo de Trabajo que circula en las redes y que, entiendo, es el documento que se entregó al Ministerio de Justicia el día 4 de julio de 2018, debe iniciarse de una vez.

Otro punto que merece atención es el referido a si dicho documento tiene el carácter de confidencial, o no. A mí me parece que, de ninguna forma lo tiene, porque este Grupo de Trabajo ha sido creado por el Ministerio de manera oficial y tiene como objetivo, dadas las altas cualidades de sus integrantes, servir al país a través de la propuesta de un documento que contenga mejoras a nuestro Código Civil.

En ese orden de ideas, cualquier peruano podría tener la facultad de solicitar información a este Grupo de Trabajo sobre sus avances, sin problema ni impedimento alguno. No se trata de un asunto de carácter privado para que tenga la calidad de confidencial. Además, si esa solicitud de información la podría hacer cualquiera de nosotros mientras dicho Grupo de Trabajo se encontraba en plenas labores, es evidente que cuando dicho Grupo ha presentado su producto final, con mayor razón uno podría solicitar acceso a esa información.

Entonces, creo que este documento elaborado por el Grupo de Trabajo con el objetivo de reformar nuestro Código Civil, debe ser estudiado y difundido.

Teniendo en cuenta esto, me parece necesario que el debate se inicie de una vez y el mismo se centre, en esta primera etapa (porque estoy seguro de que habrá más etapas) en el documento final y oficial que el Grupo de Trabajo ha entregado.

En este punto felicito la posición que ha adoptado la revista «Gaceta Civil y Procesal Civil» de preparar un número especial que tenga por objeto estudiar estas propuestas, pues el debate es necesario.

Así las cosas, hecha esta breve reflexión, voy a comentar el sentido de algunas normas que pretenden ser introducidas como modificatorias al Libro de Derecho de Familia de nuestro Código Civil.

II. SOBRE EL ARTÍCULO 295: ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

CÓDIGO CIVIL	PROUESTA DE MODIFICACIÓN
<p>Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.</p> <p>Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.</p> <p>Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.</p> <p>A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.</p>	<p>Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. 2. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. <u>3. No será necesario otorgar escritura pública cuando los contrayentes lo declaran en el acto de la celebración del matrimonio, lo que deberá constar en el acta.</u> 4. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. 5. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. <u>6. Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros.</u>

La propuesta de modificación agrega los incisos 3 y 6 al texto vigente del artículo 295.

La Exposición de Motivos señala que:

Tomando como antecedente la propuesta de la comisión del 2006, se estima necesario adicionar un párrafo respecto a la unión de hecho. La norma proyectada incorpora la facultad de los contrayentes de elegir el régimen patrimonial que regirá su vida conyugal en el mismo acto de celebración de matrimonio o antes de éste. Se propende a liberalizar la voluntad de los contrayentes en la misma ceremonia matrimonial, así como en unificar en un solo acto la voluntad nupcial, economizando costos, trámites y tiempo. Asimismo, a falta de declaración sobre el régimen patrimonial aplicable, se mantiene la presunción de que los contrayentes optaron por el régimen de sociedad de gananciales.

En una investigación anterior,² en torno al tema del inciso 3, he sostenido que, si bien este cambio puede sonar bien al leerlo, en verdad no tiene mayor trascendencia y, por consiguiente, no va a tener mayor futuro por una razón tan sencilla que para la Comisión ha pasado inadvertida.

Cuando una pareja decide casarse por el régimen de separación de patrimonios es por razones que, generalmente, desea guardar en reserva y preferiría no hacer públicas para que el resto de personas empiecen a preguntarse por qué

² Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra, 2006, p. 299 y ss.

esa pareja se casa bajo el régimen de separación de patrimonios, sea por las razones que fuere. Entonces, resultaría muy raro pensar que alguna pareja quiera que, en su ceremonia matrimonial, con los amigos, los parientes y, en general, con todos los asistentes a la ceremonia civil, que incluso a veces se realiza inmediatamente después de la ceremonia religiosa, el alcalde o funcionario municipal anuncie en voz alta que de conformidad con el artículo 295 del Código Civil, los contrayentes han elegido el régimen de separación de patrimonios.

Así, yo decía en aquél entonces, que se supone que el matrimonio es un acto en el cual no debería haber ninguna suspicacia. El tema del régimen económico escogido por la pareja no tiene por qué hacerse público durante la boda. ¿Qué pareja va a querer compartir esta información para ser luego objeto de comentarios o especulaciones? ¿Qué impacto en las relaciones económicas tendrá una enmienda como ésta que, en la práctica, ténganlo por seguro, no sería aplicada?

El inciso 3 hace referencia a que los contrayentes «declaren» este hecho, razón por la cual los problemas que acabamos de mencionar podrían, sin duda, presentarse.

Otro supuesto es aquél en el cual se inicia una unión de hecho y nada se dice en relación a la sociedad de gananciales, y luego se desea liquidar la sociedad de gananciales (tal como lo señala el inciso 6), supuesto éste que resulta válido, ya que, como dijimos en el párrafo anterior, una vez constituida la unión de hecho, con los requisitos de ley, las partes entran al régimen de sociedad de gananciales.

Por otra parte, en relación a la propuesta de modificación del inciso 6, debemos decir que en ella se hace referencia a que “Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros”.

Sin embargo, la norma propuesta incurre en un error, pues la formalización de una separación de patrimonios podría caber —y de hecho varias parejas optan por hacerlo— antes del inicio de la unión de hecho, precisamente, para efectos de que una vez cumplidos los dos años de convivencia y los demás requisitos establecidos por el artículo 326 del Código Civil, jamás se entienda que los bienes adquiridos forman parte de una sociedad de gananciales; y que tampoco se pudiera entender que son bienes adquiridos bajo un régimen de copropiedad común y corriente.

Finalmente, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que ya es momento de que el régimen que existe en nuestro país sea el que a falta de acuerdo se esté ante una separación de patrimonios y no, como ocurre hoy, que se presume la sociedad de gananciales. Éste sí hubiera sido un cambio importante en materia de Derecho de Familia, pues el aspecto personal nada tiene que ver con el ámbito patrimonial. Uno se casa por amor, y ese principio rector es el que debe inspirar la regulación de esta institución.

III. SOBRE EL ARTÍCULO 296: SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

CÓDIGO CIVIL	PROPIUESTA DE MODIFICACIÓN
<u>Artículo 296.-</u> Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.	<u>Artículo 296.- Sustitución del Régimen Patrimonial</u> 1. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio es necesario el otorgamiento de escritura pública. 2. <u>Para que surta efecto ante terceros debe inscribirse en el registro personal.</u> 3. <u>Cabe la sustitución del régimen patrimonial por los integrantes de la unión de hecho inscrita, y para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.</u>

La Exposición de Motivos de esta de modificación señala que

La propuesta establece que el régimen patrimonial elegido, antes o en el acto de celebración del acto de matrimonio, sólo será oponible ante terceros, en cuanto sea inscrito en el Registro Personal. Se dispone, como en el proyecto de reforma del 2006, que, para el caso de la sustitución voluntaria del régimen patrimonial, la inscripción de la elección del nuevo régimen es imprescindible para que surta efectos frente a terceros. De esta forma, la inscripción de la elección del régimen económico como su sustitución generan consecuencias frente a los interesados ajenos al vínculo conyugal que puedan ser afectados o comprometidos.

Ahora bien, cabe destacar que, en este caso, en estricto, no hay cambio alguno. El sentido de la norma es exactamente el mismo que el del precepto en actual vigencia. La modificación propuesta es sólo una cuestión teórica que, como tal, no tiene mayor injerencia en los hechos, en tanto los efectos prácticos serían iguales a los que emanen de la norma vigente.

Además, por un asunto de seguridad jurídica, la validez debería estar sujeta a la inscripción en el registro, de tal suerte que no quiepa la posibilidad de distinguir entre dos actos (la sustitución y su inscripción), sino uno solo, porque se podría pensar que si yo no inscribo en el registro personal teóricamente dicha sustitución no surte efectos ante terceros.

En esa misma línea, hay algo que al parecer no se ha tenido en cuenta, y es que puede ocurrir en la realidad que dicha sustitución (sin inscripción en el registro) sea conocida por personas cercanas a la pareja, supuesto en el cual cabe preguntarnos: ¿si se trata de personas que en los hechos sí conocen la sustitución del régimen, pero éste no está inscrito en el registro, significa que ese cambio no surte efectos ante dichas personas que conocen de esta realidad? Es obvio que la respuesta es que sí debería surtir efectos, pero gracias a la norma (que diferencia cambio e inscripción) en un plano formal se diría que no.

Por otro lado, en torno al inciso 3, se debe tener en cuenta que el vigente texto del artículo 326 del Código Civil (que regula la unión de hecho) no exige la inscripción de la unión de hecho para que sea reconocida como tal, sino que úni-

camente crea la posibilidad de registrar las uniones de hecho, registro de carácter voluntario y meramente declarativo.

Sin embargo, la realidad enseña que dicha posibilidad de inscripción no es del todo eficaz, ya que la mayoría no la inscribe porque no desea hacerlo, básicamente por un tema de pudor y reserva frente a terceros en relación a su estado civil, que es el de personas que, no estando casadas, conviven como si lo estuvieran. No se quiere que la publicidad de un registro destruya las apariencias frente a la sociedad.

Así las cosas, la propuesta no tiene en cuenta esta realidad y es que las uniones de hecho en el Perú usualmente no se inscriben (salvo una absoluta minoría). Si ello es así, no tiene sentido que el cambio de régimen esté aparejado de la existencia de la inscripción de una unión de hecho, de tal suerte que el cambio de régimen debería ser válido, incluso, cuando no se hubiere inscrito la unión de hecho. Debería habilitarse un mecanismo registral para que ello sea posible.

IV. SOBRE EL ARTÍCULO 303: ADMINISTRACIÓN DE BIENES PROPIOS

CÓDIGO CIVIL	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
<u>Artículo 303.-</u> Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.	<u>Artículo 303.- Administración de bienes propios</u> 1. Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. 2. <u>Aun tratándose de bien propio ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer del inmueble donde está constituido el hogar conyugal. El juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas, atendiendo el interés familiar.</u>

La Exposición de Motivos señala que:

Por regla general dispuesta por el Código, cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. Asimismo, la proyectada norma establece que, respecto a los bienes propios, ninguno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, puede disponer del inmueble que constituye el hogar familiar.

Lo establecido por la propuesta de modificación es alarmante. Pero para explicarlo pongamos un ejemplo.

Dentro de lo que ocurre en la realidad, se tiene que en muchos casos es uno de los cónyuges el que provee y facilita su bien propio (casa o departamento) para que sirva de hogar conyugal. Esto lo hace de manera gratuita, a efectos de proveer a su cónyuge y familia de un lugar donde vivir. Si la pareja se divorcia es claro que el propietario del bien, al ser propio, podrá disponer de él como mejor le parezca. Incluso si es que no ocurre un divorcio, al ser un bien propio, su propietario puede disponer de él. Todo ello es adecuado, pues se trata, en buena cuenta, de un bien propio, y nadie debería imponer restricciones a la posibilidad de disponer de algo que a uno le pertenece en exclusiva.

Sin embargo, el proyecto de modificación del artículo 303 del Código Civil, establece todo lo contrario e impone una medida completamente desproporcionada.

nada al propietario de la casa hogar. La norma señala que para disponer de dicho bien se debe contar con el asentimiento de quien no es propietario del mismo. Este hecho, sin duda alguna, va a incentivar que un cónyuge no ceda su bien inmueble para que su familia viva allí, porque cuando desee disponer del mismo se va a encontrar con esta exigencia de que su cónyuge —con quien está en problemas— tenga que dar su asentimiento.

Es más, si el matrimonio se separa, se estaría constituyendo —en los hechos— una especie de usufructo sobre el bien.

Asimismo, piénsese en el hecho de que la casa sea de propiedad de la esposa, y gracias a esta norma propuesta, nunca podría sacar a su esposo del bien hasta que el juez lo autorice; es decir, hasta luego de varios años. Ello, ya que, al ser hogar conyugal, la mujer no podrá disponer de un bien que es de su propiedad exclusiva.

Lo que nos llama la atención es que no se explique la razón de este proceder, ya que el inciso bajo comentario está contradiciendo la esencia misma del derecho de propiedad que tiene toda persona casada sobre sus propios bienes.

V. SOBRE EL ARTÍCULO 307: PAGO DE DEUDAS ANTERIORES AL RÉGIMEN DE GANANCIALES

CÓDIGO CIVIL	PROPIUESTA DE MODIFICACIÓN
<u>Artículo 307.</u> - Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.	<u>Artículo 307.- Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales</u> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, <u>a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con el derecho que el cónyuge deudor tenga sobre determinado bien social, a falta de bienes propios del deudor.</u> 2. <u>En este último supuesto, el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación.</u>

La Exposición de Motivos señala que: “La norma actual establece los casos en los que existe responsabilidad del patrimonio común por deudas personales. A diferencia de lo dispuesto por los artículos 316 y 317, la deuda es personal y social, por lo que existe beneficio de excusión y los bienes sociales responden indirecta y no directamente. Se ha considerado en la propuesta normativa que el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales”.

Para entender esta propuesta creemos importante poner un ejemplo. Imaginemos que yo adquirí una deuda contraída en beneficio del futuro hogar (en ese momento, el de la adquisición de la deuda, estaba de novio con la que sería mi esposa), y la norma dice que dicha deuda se paga con mi mismo derecho. Hoy la

norma dice que la deuda se paga con bienes de la sociedad, a falta de bienes propios, y está bien que ello sea así, porque la finalidad de la deuda ha beneficiado a la sociedad y, por ende, es lógico que la sociedad responda por dichas deudas.

Lo que hoy se propone es que el préstamo que va en beneficio de la sociedad me sea cobrado únicamente a mí. Es decir, mi cónyuge se beneficiaría completamente y el perjudicado con el pago de una deuda que contraje para ambos sería solamente yo. Absurdo.

La sana razón indica que si uno contrae un préstamo que va a beneficiar en el futuro a una pareja de casados, sea la sociedad conyugal la que asuma el pago de la deuda, pero hoy se dice (con la propuesta) que el único obligado es el que obtuvo dicha deuda.

De otro lado, el inciso 2 señala que, en este supuesto, el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación. Es decir, la mitad que me corresponde en la liquidación va a pagar la deuda que he contraído en beneficio mío y de mi excónyuge; y ella, que también se ha beneficiado con el préstamo, no tendría que pagar absolutamente nada.

Como se aprecia, en realidad la propuesta cobija una situación que resulta a todas luces injusta, pues es claro que si yo, antes de casarme, contraigo un préstamo que va a beneficiar al futuro hogar conyugal, dicha deuda tenga que ser pagada por los dos beneficiarios del dinero, es decir, por la sociedad conyugal. Lo que se propone en el proyecto en este sentido es abiertamente injusto.

VI. SOBRE EL ARTÍCULO 311: REGLAS PARA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES

CÓDIGO CIVIL	PROPIUESTA DE MODIFICACIÓN
<p><u>Artículo 311.</u> - Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:</p> <p>1.- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.</p> <p>2.- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.</p> <p>3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.</p>	<p><u>Artículo 311.- Reglas para calificación de los bienes</u></p> <p>Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. 2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. 3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior. 4. <u>Los bienes adquiridos, antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales, mediante precio pagado en parte con fondos sociales y en parte con fondos propios de uno o de ambos cónyuges, se reputan en la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos.</u>

La Exposición de Motivos señala que:

Con la propuesta se establece determinadas reglas que permitan su definición con claridad. Asimismo, resulta insuficiente la declaración de uno o ambos cónyuges indicando que el bien es personal. Tal calidad tendría que ser evaluada en un proceso judicial con medios probatorios. Ésta ha sido la interpretación jurisprudencial y registral sobre el particular, que concluye que para enervar la presunción del inciso 1 no basta ni la declaración del beneficiado en testamento ni la declaración del perjudicado.

La novedad reside en el inciso 4, el mismo que no me parece de utilidad práctica, sino que más bien hace inviable la administración del bien. Me explico.

Si con mi cónyuge compramos un auto, y para el pago del mismo destinamos parte de los bienes sociales, pero también yo pongo de mi dinero (bien propio), según la norma propuesta ese vehículo sería de propiedad, tanto de la sociedad conyugal como mío. Entonces, me pregunto, ¿cuál sería la utilidad de este proceder y de esta situación?

Aquí se crearía una situación perversa, porque existiría copropiedad entre la sociedad de gananciales y yo, y ese hecho llevaría al supuesto de que en materia de copropiedad, el destino (administración) del bien lo va a decidir la mayoría.

La lógica nos dice que el bien debería ser calificado como un bien de la sociedad; es decir, un bien común, porque será más fácil que lo maneje la sociedad a que lo manejen —como copropietarios— la sociedad y el cónyuge que puso parte del dinero para comprar el bien.

Además, hay otro tema que creo no se tuvo en cuenta, y es el de la probanza del aporte de un bien propio para el bien adquirido. Este hecho, sin duda alguna, va a traer problemas al momento de la calificación de los porcentajes de la copropiedad de dicho bien.

VII. SOBRE EL ARTÍCULO 315: DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOCIALES

CÓDIGO CIVIL	PROUESTA DE MODIFICACIÓN
<p><u>Artículo 315.-</u> Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.</p> <p>Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.</p>	<p><u>Artículo 315.- Disposición de los bienes sociales</u></p> <p><u>1. Si uno de los cónyuges dispone o grava un bien social sin la participación del otro, dicho acto es ineficaz.</u></p> <p><u>2. El cónyuge que no participó en el acto de disposición o gravamen puede ratificarlo, en cuyo caso el acto será considerado eficaz desde el momento de su celebración.</u></p> <p><u>3. Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiendo el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo.</u></p>

La Exposición de Motivos establece que

Frente a la disposición de los bienes sociales sin el consentimiento del otro cónyuge se asume, en la propuesta normativa, la ineffectuación de este acto. En el acto de disposición de un cónyuge de los bienes del otro, arrojándose una titularidad que no posee, se está ante un defecto extrínseco al negocio, discutiéndose un problema de legitimidad: la competencia o idoneidad para producir, alcanzar o soportar los efectos jurídicos que se pretenden realizar. Los códigos civiles más modernos tratan a la legitimidad de forma diferente y no necesariamente coincidente con el poder de disposición, pues optan por la protección al tercero adquirente de buena fe.

Creo que el tema en debate en torno a este supuesto es la adopción de una postura que resuelva estos problemas (disposición de los bienes de la sociedad sin la intervención de uno de los cónyuges), entre la figura de la nulidad y la de la ineffectuación.

Sin embargo, estimo que se debería optar por la figura de la anulabilidad, pues dicha posición permitiría aplicar la figura de la confirmación del acto jurídico, regulada por el artículo 230 del Código Civil, que establece que "Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo".

No obstante, para permitir aplicar la figura de la confirmación, la norma debería crear un nuevo supuesto de anulabilidad, teniendo como base lo establecido en el inciso 4 del artículo 221 del Código Civil, que señala que el acto jurídico será anulable cuando así lo establezca la ley; en nuestro caso, el artículo 315 sería el que estableciese dicha anulabilidad.

Creemos es claro que no debería hablarse de nulidad porque, en estricto, no existe una falta de manifestación de voluntad total, pues es claro que uno de los cónyuges sí la manifestó.

De otro lado, la norma propuesta por el Proyecto hace referencia a la figura de la ratificación, la misma que no tiene regulación legal orgánica en nuestro Código Civil.

Éste sería otro de los argumentos que servirían para optar por la propuesta que realizo, pues la figura de la confirmación ya tiene regulación y de lo que se trata es de utilizar lo que nuestro Código ofrece para resolver problemas que la realidad presenta.

En ese sentido, es importante se tenga en cuenta que para resolver casos reales se debe recurrir, en primer orden, a alguna solución conocida y regulada por la ley (la confirmación lo es) y no entrar al juego de recurrir a categorías jurídicas que no tienen regulación legal orgánica.

Para concluir con este análisis, me parece que el inciso 3 de la norma propuesta, referido a que «Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiendo el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo», es positivo, ya que puede ocurrir, por ejemplo, que el hogar se encuentre pasando por momentos difíciles que hagan inviable su mantención, ante lo cual uno de

los cónyuges quiera vender (porque se necesite hacerlo) uno de los bienes que la sociedad posee y, ante la negativa del otro, se vea de manos atadas para ello. Ante ese hecho, y gracias a la norma propuesta, dicho cónyuge sí podría proceder a la venta del bien, previo un proceso judicial que se ventilaría en proceso sumarísimo.

VIII. COMENTARIO FINAL

En esta entrega sólo he comentado seis propuestas de modificación. Téngase en cuenta que son, aproximadamente, cuatrocientas treinta propuestas de modificación que el Grupo de Trabajo ha presentado en el documento que entregó el 4 de julio de este año al Ministerio.

Hay mucho por decir y, al margen de que nos encontremos de acuerdo, o no, con algunas de las modificaciones planteadas, me parece que estamos frente a una gran oportunidad para poder intercambiar opiniones sobre temas tan importantes.

Este libro se terminó de imprimir, en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C. el mes de setiembre de 2018,
www.grandezgraficos.com
Teléf.: (511) 531-4658

