

Mario Castillo
Pascual Alferillo
Roger Vidal
Andre Roque
Thiago Rodovalho
Jhoel Chipana

José Antonio Beraún
Henry Huanco
Guillermo Chang
Miguel Rojas
Emilio Balarezo
Josue Verastegui

Libro de Ponencias del XIV° Congreso Nacional de Derecho Civil - Tacna



UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE ²⁵años
POSTGRADO



INSTITUTO PERUANO
DE DERECHO CIVIL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mario Castillo Freyre
Pascual E. Alferillo
Roger Vidal Ramos
Thiago Rodovalho
José Antonio Beraún Barrantes
Henry Huanco Piscoche
Andre Vasconcelos Roque
Guillermo Andrés Chang Hernández
Héctor Josué Verastegui Huayante
Juan Miguel Rojas Ascón
Emilio José Balarezo Rey
Jhoel Chipana Catalán

Libro de Ponencias del XIV Congreso Nacional de Derecho Civil



UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE ²⁵ años
POSTGRADO



INSTITUTO PERUANO
DE DERECHO CIVIL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Augusto Gárate Abad
Jessica López Casas	Marco Carmona Brenis
Rocío Paredes Cueva	Juan Miguel Rojas Ascón
Sheila Vidal Ramos	José Antonio Beraún Barrantes
Emely Melendres Gavilán	Juan Enrique Sologuren Álvarez
Guillermo Chang Hernández	Héctor Josue Verastegui Huaynate

MIEMBROS ASOCIADOS Y COLABORADORES

Indira Vidal Ramos	Diego David Bernabe Loza
Victor Antonio Quispe Ochoa	Yulissa Evelin Huanca Chino
Flor de María Xiomara Loza Mestas	Yorka Lucia Liu Menéndez
Marysabel Jennifer Rivera Nina	Fernando Miguel Pino Condori
Marjorie Mariciela Olaya Ruelas	Bruno Edison Valenzuela Zirena
Massiel Milagros Laura Pintado	Cristian Arnold Quiñonez Jimenez
Carla Sujey Coaquira Canllahui	Yajayra Kristal Romero Gonzales
Araceli Vianey Ruiz Claros	Khaterine Vargas Cuna
Leidy Paola Cutipa Limache	Katherine Francis Gutiérrez Otero
Viviam Nicole Goysueta Goysueta	Iván Herera Pérez
Edith Doris Chipana Chipana	Joriela Maryoli Vargas Mamani

MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi (+)	Jorge Beltran Pacheco
Luis Moisset de Espanés (+)	Enrique VarsI Rospigliosi
Mario Castillo Freyre	Maria Elena Guerra Cerrón
Fernando de Trazegnies García Granda	Alex Plácido Vilcachagua
Fernando Vidal Ramirez	Rómulo Morales Hervias
Gastón Fernández Cruz	Leysser León Hilario

LIBRO DE PONENCIAS DEL XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL - TACNA

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

© Copyright: INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL
Jr. Jose de la Torre Ugarte N° 368 - Lince -Lima
Telf.: (01) 4216976
ipdc@conadecivil.com - www.conadecivil.com

1ª edición: julio 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2019-06742

Diseño e Impresión:

MARTELL de Enrique Martin Tello Paravecino

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

Impreso en Perú / Printed in Peru

ÍNDICE

Palabras liminares.....	3
EL PRECIO MIXTO	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	5
RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS POR MALA PRAXIS	
<i>Pascual E. Alferillo</i>	47
ASPECTOS ESENCIALES DEL PODER POR REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	
<i>Roger Vidal Ramos</i>	93
LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS EN BRASIL	
<i>Andre Vasconcelos Roque</i>	113
OBLIGACIONES Y RIESGOS	
<i>Thiago Rodovalho</i>	127
LA POSESIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	
<i>José Antonio Beraún Barrantes</i>	155
EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES	
<i>Henry Huanco Piscoche</i>	173
NO SOY YO, ERES TÚ: LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO PERUANO	
<i>Guillermo Andrés Chang Hernández</i>	195

ÍNDICE

RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA: PERSPECTIVAS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DESDE EL CÓDIGO CIVIL <i>Juan Miguel Rojas Ascón</i>	203
LOS BIENES Y SU NUEVA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1440 NUEVO RÉGIMEN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA <i>Emilio José Balarezo Reyes</i>	219
APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO PERUANO <i>Jhoel Chipana Catalán</i>	235
NULIDAD DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD OTORGADOS EN LOS PROGRAMAS MUNICIPALES DE VIVIENDA <i>Héctor Josué Verastegui Huayante</i>	251

PALABRAS LIMINARES

Es un gusto muy grande escribir estas palabras de presentación correspondientes al libro de ponencias del XIV Congreso Nacional de Derecho Civil, que fue organizado el año 2018 por el Instituto Peruano de Derecho Civil y que se realizó en la ciudad de Huánuco.

Como sabemos, el referido Instituto, cuyo presidente es el profesor Roger Vidal Ramos, lleva adelante todos los años el Congreso Nacional de Derecho Civil, evento que congrega a importantes profesores nacionales y extranjeros, que intercambian ideas sobre los más diversos temas dentro de esta importantísima área del derecho.

Siempre he subrayado la multitudinaria asistencia a estos congresos, lo que refleja tanto el enorme interés que el derecho civil siempre despierta entre abogados y estudiantes, como la excelente organización del Instituto Peruano de Derecho Civil.

Este libro recoge ponencias de una docena de profesores.

Así, tenemos el trabajo del profesor argentino Pascual Alferillo, titulado «Responsabilidad de los abogados por mala *praxis*»; la ponencia del profesor Roger Vidal Ramos, que lleva por título «Aspectos esenciales del poder por representación en el Código Civil peruano»; el trabajo de André Roque, quien escribe sobre «Los daños morales colectivos en Brasil; así como el de su compatriota Thiago Rodovalho, quien nos ilustra acerca de «Obligaciones y riesgos».

La obra también cuenta con el trabajo del profesor José Antonio Beraún, titulado «La posesión en el derecho civil peruano: doctrina y jurisprudencia»; el del profesor Henry Huanco «Estado de necesidad en el arbitraje de inversiones»; y el del profesor Guillermo Chang, titulado «No soy yo, eres tú: la excepción de incumplimiento en el derecho peruano».

Finalmente, integran esta obra el ensayo del profesor Miguel Rojas, titulado «Riesgos en el contrato de obra: perspectivas del contrato de construcción desde el Código Civil»; el del profesor Emilio Balarezo, titulado «Los bienes y su nueva regulación en el Código Civil respecto a la modificación del Decreto Legislativo n.º 1440, Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria»; el del profesor Jhoel Chipana, titulado «Aproximación al tratamiento de las cláusulas abusivas en el derecho peruano»; el del profesor

Josué Verástegui, «Nulidad de los títulos de propiedad otorgados en los programas municipales de vivienda»; y un trabajo de mi autoría titulado «El precio mixto».

El XV Congreso, correspondiente al año 2019, se desarrollará en la Ciudad Heroica de Tacna.

Por último –como siempre– procedo a expresar mi mayor reconocimiento a Roger Vidal Ramos y al Instituto Peruano de Derecho Civil por este esfuerzo académico sostenido e invito a dar lectura a tan importante texto.

Lima, 7 de mayo de 2019

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. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

EL PRECIO MIXTO

*Mario Castillo Freyre**

Sumario: 1. Fuentes nacionales del artículo 1531.– 2. Análisis.– 3. Características del contrato de permuta en el derecho peruano.– 4. Normas del contrato de compraventa que resultan aplicables al contrato de permuta.– 5. El problema del precio mixto.

Artículo 1531.– Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1531

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado nor-peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, sí abordó el particular el Código Civil de 1852, en su artículo 1324:

Artículo 1324.– El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que sea parte en dinero, parte en mercaderías u otros bienes muebles ó inmuebles, el contrato será de permuta (1), si la porción ofrecida en dinero no llega á la mitad del precio.

El Proyecto de Código Civil de 1890, al respecto disponía en su artículo 1677 que:

* 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 y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Ha sido profesor en la Universidad de Lima. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, de Arequipa. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

Artículo 1677.- El precio de la venta debe ser convenido en el dinero; pero, si se estipula que parte sea en dinero, y parte en mercaderías ó en otros valores, y en general en bienes que no sean dinero, el contrato es permuta, si la parte del precio ofrecida en numerario no llega á la mitad del total estipulado.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925, trató el tema en el artículo 1324:

Artículo 1324.- El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías ú otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta (1), si la porción ofrecida en dinero no llega á la mitad del precio.

Mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el numeral 382:

Artículo 382.- El precio de la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercadería ú otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio.

Ni el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, así como tampoco el Código Civil de 1936, registran antecedentes sobre el particular.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, reguló el tema en su artículo 5:

Artículo 5.- Si el precio de una transferencia consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes no bastando la simple denominación que se le dé.- Si no constara la intención de las partes, el contrato será de permuta si el valor de la cosa fuera igual o excediere al del dinero; y será de compra-venta si fuere menor.

En tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1561:

Artículo 1561.- Si el precio de una transferencia consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, no bastando la simple denominación que se le dé.- Si no constara la intención de las partes, el contrato será de permuta si el valor de la cosa fuera igual o excediere al del dinero; y será de compra-venta si fuere menor.

Y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1494:

Artículo 1494.- Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que

se le dé.- Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa si es menor.

2. ANÁLISIS

2.1. *Relación entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta*

El artículo 1531 del Código Civil peruano plantea un punto de relación sumamente concreto entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta, contrato, este último, definido por el Código peruano en su artículo 1602 como aquél por el cual los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

Hemos podido constatar que la casi totalidad de códigos civiles consultados para la realización de este trabajo optan por definir al contrato de permuta.¹

Los autores consultados coinciden en definir al contrato de permuta como aquél por el cual las partes, denominadas permutantes, se obligan mutuamente a transferirse la propiedad de bienes, sean éstos muebles o inmuebles.²

Se ha discutido mucho acerca de la autonomía conceptual del contrato de permuta, al extremo de que hay un sector de la doctrina que busca negársela, señalando

1 Los siguientes códigos civiles consultados otorgan una definición al contrato de permuta: Código Civil Francés (artículo 1702), Código Civil Belga (artículo 1702), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1045), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1123), Código Civil peruano de 1852 (artículo 1523), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2075), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1708), Código Civil Chileno (artículo 1897), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1687), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1549), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1596), Código Civil Uruguayo (artículo 1769), Código Civil Argentino de 1871 (artículo 1485), Código Civil Colombiano (artículo 1955), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1467), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1864), Código Civil Español (artículo 1538), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 1), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2748), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1677), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1290), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 206), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 516), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 410), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2181), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1428), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 352), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1558), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1552), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1036), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1852), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 651), Código Civil peruano de 1984 (artículo 1602), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 799), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 696), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 367), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 (artículo 1172).

2 En tal sentido, opinan, entre otros, JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosh y Cía., 1952, vol. II, tomo II, p. 120; WAYAR, Ernesto Clemente. *Compraventa y permuta*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, p. 622; y BORDA, Guillermo A. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1989, p. 290.

que se trata de un acto con ninguna o muy poca importancia práctica. Sin embargo, debemos manifestar que no estamos de acuerdo con esta tendencia doctrinal, ya que, si bien la pérdida de importancia del contrato de permuta es una realidad innegable en las sociedades modernas, eso no implica que el contrato al cual estamos haciendo referencia deba ser identificado con la compraventa en cuanto a su naturaleza jurídica.³

Si bien es cierto que el contrato de permuta ha cedido su importancia inicial al contrato de compraventa –sin lugar a dudas el más usual de los contratos–, no ha dejado de tener alguna significación, sobre todo en localidades en donde el comercio artesanal y a menor escala, resulta frecuente, como es el caso de muchos pueblos del interior del Perú y de otros países de América Latina.⁴

En cuanto a la posición que ha adoptado el Derecho Moderno frente al contrato de permuta, podríamos recordar que el Código Civil Francés, considerado como el primero de la llamada modernidad, legisla acerca de este contrato en seis normas: los artículos 1702 a 1707.⁵

Sin lugar a dudas éste es un tratamiento sumamente reducido si se le compara con el otorgado por el mismo cuerpo legislativo al contrato de compraventa (artículos 1582 a 1701). Sin embargo, si es confrontado con el que otorgan al contrato de permuta códigos más modernos, vemos que el Código Napoleón fue bastante generoso.

La reducción cada vez mayor del número de normas con las que se otorga tratamiento al contrato de permuta se debe a que con el paso del tiempo han ido desapareciendo las diferencias entre este contrato y el de compraventa.⁶

3 Respecto a este tema, compartimos las opiniones de Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *El Contrato de compraventa*. Barcelona: Librería Bosch, 1979, tomo I, p. 621).

4 En este orden de ideas, se pueden apreciar las opiniones de Boissonade (BOISSONADE, G. *Code Civil pour l'Empire du Japon*. Tokio: 1890, tomo III, pp. 459-461), Jossierand (JOSSEIRAND, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 120) y Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 621) y, especialmente la obra del Profesor César Ayllón Valdivia.

5 Los artículos del Código Civil Francés acerca del contrato de permuta están comprendidos en el título VII, entre los numerales 1702 y 1707, y tienen el texto siguiente:

Artículo 1702..- La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra.

Artículo 1703..- La permuta se perfecciona por el simple consentimiento, de la misma manera que la compraventa.

Artículo 1704..- Si uno de los permutantes ha recibido ya la cosa dada en cambio a él, y si prueba a continuación que el otro contratante no es propietario de esa cosa, no puede ser forzado a entregar aquella que había prometido en trueque, sino solamente a devolver la recibida.

Artículo 1705..- El permutante que sufra la evicción de la cosa que haya recibido en cambio, tiene la elección entre concluir por el abono de los daños y perjuicios o repetir la cosa suya.

Artículo 1706..- La rescisión por causa de lesión no tiene lugar en el contrato de permuta.

Artículo 1707..- Todas las demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican por otro lado, a la permuta.

6 Esta opinión es sostenida, entre otros, por Badenes Gasset, apoyándose en Castán Tobeñas (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, p. 233), Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 622) y Borda (BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 290).

Como ha sido señalado anteriormente, la legislación de nuestra tradición jurídica se inclina cada vez más por reducir el tratamiento normativo que otorga al contrato de permuta, observándose que los códigos modernos optan por incluir, en su gran mayoría, sólo dos normas: una que define al contrato, y otra que remite el tratamiento del mismo al articulado del contrato de compraventa, en cuanto le fuera aplicable. Éste es el caso del Código Civil peruano de 1984, el que, como vimos, define al contrato de permuta en su artículo 1602, y que en virtud del artículo 1603 remite el tratamiento del mismo a las normas de la compraventa.

Pero con independencia del número de artículos que los códigos civiles otorgan para el tratamiento del contrato de permuta, es prácticamente una constante el que todos los códigos consultados incluyan una norma de remisión al contrato de compraventa, tal como hace el Código Civil peruano en su artículo 1603.⁷

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PERMUTA EN EL DERECHO PERUANO

Una vez expresadas las anteriores consideraciones, creemos pertinente señalar las características del contrato de permuta de acuerdo a la legislación nacional vigente:

7 Los siguientes códigos civiles consultados contienen una norma de remisión a las disposiciones del contrato de compraventa, para que por medio de ellas se regule el contrato de permuta, naturalmente, en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato: Código Civil Francés (artículo 1707), Código Civil Belga (artículo 1707), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1128), Código Civil peruano de 1852 (artículo 1539), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2078), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1713), Código Civil Chileno (artículo 1900), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1690), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1555), Código Civil Uruguayo (artículo 1775), Código Civil Argentino de 1871 (artículo 1492), Código Civil Colombiano (artículo 1958), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1472), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1867), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1100), Código Civil Español (artículo 576), Código Civil Alemán (artículo 515), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2755), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1680), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 237), Código Civil Brasileño de 1916 (artículo 1164), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1293), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 519), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 415), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2185), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1431), Código Civil Chino de 1930 (artículo 398), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 353), Proyecto de Código Civil peruano de 1936 (artículo 1450), Código Civil peruano de 1936 (artículo 1465), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 947), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1563), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1555), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1042), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1852), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 654), Código Civil peruano de 1984 (artículo 1603), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 533), Código Civil Paraguay de 1987 (artículo 802), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 699), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 370), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1599), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 (artículo 1175).

- 3.1. *Por su nombre*, es un contrato nominado.
- 3.2. *Por su regulación*, es un contrato típico. Está jurídicamente normado en nuestro Código Civil.
- 3.3. *Por su estructura*, es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica contractual.
- 3.4. *Por su contenido*, puede ser, tanto un contrato civil, como un contrato mercantil. En virtud del artículo 2112 del Código Civil, dicho contrato, al igual que los de compraventa, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rige por las disposiciones del mencionado cuerpo legislativo y del hecho que en virtud del propio artículo 2112 se derogaron los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.
- 3.5. *Por su autonomía*, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.
- 3.6. *Por su función*, es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, parte de uno modificatorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.
- 3.7. *Por los sujetos a quienes obliga*, se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.
- 3.8. *Por la prestación*, es un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día, bajo el Código Civil vigente, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código). En el contrato de permuta ambas partes se obligan recíprocamente a transferirse la propiedad de bienes.

Debemos señalar que durante los debates para la aprobación del precepto relativo a la definición del contrato de permuta, Jack Bigio Chrem sugirió que este contrato comprendiera también el intercambio de otros derechos reales distintos al derecho de propiedad, planteamiento que no prosperó.⁸

8 COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Diario oficial *El Peruano*. Lima, lunes 27 de noviembre de 1989, pp. 3 y 4:

«Durante los debates para la aprobación de este precepto, el doctor Jack Bigio Chrem, sugirió que la definición de permuta debía comprender también el intercambio de derechos reales, distintos del derecho de propiedad. De esa manera, sería permuta el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a constituir usufructo a favor de la otra a cambio de la obligación de ésta de transferirle la propiedad de un bien. Agregó el doctor Bigio que la orientación del código debiera ser la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas relativas a contratos. De este modo, continuó, una serie de trueques de derechos serían permutas y no contratos innominados.

De otro lado, los doctores Javier Alva Orlandini y Guillermo Velaochaga Miranda sostuvieron que habiéndose acordado que por la compraventa sólo se origine la obligación de transmitir el derecho real de propiedad, no consideraban apropiado extender el ámbito de la definición de la permuta a otros derechos reales, diferentes al derecho de propiedad.

- 3.9. *Por su valoración*, es, por esencia, un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.
- 3.10. *Por el riesgo*, debemos decir, que es fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.
- Pero, sin embargo, tal como vimos en el caso de la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.
- 3.11. *Por su formación*, es un contrato consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes.
- 3.12. *Por el tiempo*, se trata, fundamentalmente, de un contrato de ejecución inmediata, pero nada impide que las partes acuerden diferirla, o, inclusive, hacerlo de ejecución continuada (naturalmente, nos estamos refiriendo al supuesto de ejecución continuada en la modalidad periódica).
- Por el tiempo, también, es –en lo fundamental– un contrato a plazo fijo, ya que generalmente se establece en qué momento ambos permutantes deben transferirse la propiedad de los bienes sobre los que han tratado (si nada se estableciera al respecto, regirán, en la medida de lo posible, las disposiciones de los artículos 947 y 949 del Código Civil).
- 3.13. *Por la negociación*, es, generalmente, un contrato de negociación previa, es decir, uno en que las partes tienen la libertad de modelar el contenido, pero podría tratarse de un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación, ya que nada lo impediría –mas estos dos últimos supuestos son infrecuentes–.
- 3.14. *Por sus efectos*, es un contrato meramente obligatorio u obligatorio.
- 3.15. *Por el rol económico*, es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; y de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio de cada permutante (que se verá compensada con la contraprestación que debe recibir del otro).

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza y Velaochaga Miranda, acordó aprobar la definición que contiene el artículo 1602 del Proyecto de Código Civil de 1981 y limitar la permuta únicamente a la obligación de transferir el derecho de propiedad.

Con motivo de los debates para la aprobación de las reglas relativas al contrato de permuta, el doctor Rodolfo Zamalloa Loaiza, expresó que en vista que la Comisión Revisora había acordado con anterioridad aprobar el texto definitivo del artículo 312 del Código Civil, sugería eliminar el artículo 1634 del mismo proyecto, según el cual se permite la permuta entre cónyuges. Manifestó que similar propuesta había formulado el doctor Max Arias-Schreiber.

En vista de lo expuesto, el legislador acordó suprimir el artículo 1634 del citado proyecto con el voto unánime de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza, Velaochaga Miranda y Bigio Chrem».

4. NORMAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA QUE RESULTAN APLICABLES AL CONTRATO DE PERMUTA

Al analizar el artículo 1531 del Código Civil, sin duda nos hemos visto forzados a ingresar al terreno del contrato de permuta, ya que precisamente dicho numeral es el artículo que marca la línea divisoria (a veces muy tenue, ciertamente), existente entre ambos contratos.

Dentro de tal orden de ideas es absolutamente imprescindible, al abordar el contrato de compraventa establecer cuáles de sus normas son aplicables al contrato de permuta, pues, como ha sido dicho, por lo dispuesto en el artículo 1603 del Código peruano, la permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables.

De esta forma, tenemos que hacer un recorrido por cada uno de los artículos del contrato de compraventa, estableciendo las razones por las cuales creemos deben o no resultar aplicables sus normas al contrato de permuta.

En adelante, este análisis pormenorizado.

4.1. *El artículo 1529*

Como sabemos, el Código Civil peruano ha optado por regular a la permuta en dos normas: el artículo 1603, que establece que dicho contrato se rige por las disposiciones sobre compraventa en lo que le sean aplicables; y el artículo 1602, que brinda una definición del contrato de permuta. En tal sentido, la permuta tiene una definición legal propia, en el citado artículo 1602, al igual que la compraventa, contrato que tiene su propia definición legal en el artículo 1529.

Es en virtud de estas consideraciones que obviamente no resulta aplicable a la permuta el artículo 1529 del Código Civil.

4.2. *El artículo 1530*

Más allá de nuestras críticas efectuadas al artículo 1530, norma relativa a los gastos de entrega y de transporte, debemos decir que el citado numeral resulta aplicable al contrato de permuta, ya que tendrá que asumirse su tenor en relación a la obligación de entrega y gastos de transporte que debe sufragar cada uno de los permutantes.

Así, si hablamos del permutante A, los gastos de entrega del bien que debe entregar al permutante B, serán de cargo de A, y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento, serán de cargo de B, salvo pacto distinto.

A su vez, si hablamos del permutante B, los gastos de entrega del bien que debe entregar al permutante A, serán de cargo de B, y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento, serán de cargo de A, salvo pacto distinto.

Lo que estamos haciendo es explicar la norma bajo el tenor que le da el propio Código Civil, independientemente de las críticas que hemos formulado y formularemos sobre ella, las mismas que en el caso del artículo 1530, son abundantes.

4.3. El artículo 1531

La norma que nos encontramos analizando se aplica, por excelencia, al contrato de permuta, ya que es precisamente el artículo encargado de establecer en qué casos de precio mixto estaremos frente a una permuta o frente a una compraventa. Resulta evidente que si la conclusión fuera que se trata de una compraventa, se aplicarán las normas de este contrato, pero si la conclusión fuese distinta, vale decir, si se tratara de una permuta, necesariamente entraremos al problema que estamos analizando, el que consiste en dilucidar qué preceptos de la compraventa se aplican a la permuta.

Por lo demás, como se aprecia en este trabajo, existe un sector de la legislación de nuestra tradición jurídica, que ubica a la norma del precio mixto dentro del capítulo o título relativo al contrato de permuta. A pesar de ser minoritario el aludido sector, su existencia nos demuestra de por sí, que no resulta indispensable ubicar este numeral en compraventa, ya que también podría encontrar su natural lugar en permuta. Lo que ocurre, tal como expresamos en otro momento, es que la mayoría se inclina por regularlo en el contrato de compraventa, por ser éste el más común de los contratos.

4.4. El artículo 1532

Este numeral, que se encarga de establecer cuáles son las características de los bienes susceptibles de constituir objeto del contrato de compraventa, resulta de plena aplicación al contrato de permuta, ya que el bien materia de la venta constituye el elemento esencial especial característico de la obligación del vendedor; en tanto que en el contrato de permuta dicho bien será el elemento esencial especial, característico de la obligación asumida por ambos permutantes. De ahí que las características que debe reunir el bien materia de la venta son las mismas que deben reunir los bienes objeto de un contrato de permuta.

4.5. El artículo 1533

Como sabemos, el artículo 1533 del Código Civil contempla el supuesto por el cual se celebra un contrato de compraventa sobre un bien que ha perecido parcialmente al momento de la celebración del contrato. En este sentido, sería posible imaginar la existencia de un contrato de permuta que se celebre existiendo uno de los bienes que se permutan, pero habiendo dejado de existir parcialmente el otro bien, vale decir, aquél que está obligado a entregar y a transferir en propiedad la otra parte.

Pero, más allá de resultar factible imaginar un supuesto como éste, tenemos que establecer si resultan igualmente aplicables las consecuencias previstas en la norma.

En este sentido, tendríamos que imaginar el supuesto en el cual A y B celebran un contrato de permuta. El bien que se obliga a entregar A se encuentra incólume, en tanto el bien que se obliga a entregar B ha perecido parcialmente antes de la celebración del contrato.

Si así fuese, y aplicáramos el artículo 1533, el permutante A tendría derecho a retractarse del contrato o a optar por exigir una rebaja derivada del menoscabo, en proporción al bien que se había obligado a entregar el permutante B.

Independientemente de nuestras críticas acerca de esa eventual acción de retractación, que no encuentra correlato dentro del propio Código Civil, ella resultaría factible de interponerse en la vía judicial por parte del contratante (permutante) perjudicado, que en este caso es el permutante A. Sin embargo, al ser una permuta, lo que se ha obligado a A a entregar a B no es dinero, sino otro bien. Entonces, no resultaría del todo pacífico el camino de exigir una rebaja en la prestación que A tenga que ejecutar, relacionada con aquella parte del bien que B tenía que entregarle.

Consideramos que la opción planteada por esta norma sería de aplicación siempre y cuando los bienes que se permuten sean divisibles, en especial, el caso de cantidades de bienes fungibles. No sería de aplicación si los bienes permutados no fuesen divisibles (en este caso, los bienes que el permutante B se habría obligado a entregar al permutante A). Sin embargo, aun en este caso el contratante perjudicado podría demandar la rescisión del contrato –aunque creemos que la acción que debió preverse es la de anulabilidad–.⁹

Antes de concluir nuestro análisis sobre la eventual aplicación del artículo 1533 al contrato de permuta, debemos decir que resultaría teóricamente factible imaginar que no sólo haya perecido parcialmente uno de los bienes a permutar, sino que lo propio haya ocurrido con el bien que debe entregar la contraparte.

Lo que estamos planteando es el caso en el cual ambos bienes hayan perecido parcialmente antes de la celebración del contrato de permuta. Resulta evidente que el artículo 1533 no ha sido pensado para asumir un supuesto como el descrito, pero tendríamos que hacer el esfuerzo de imaginar cómo se aplicarían las consecuencias de la norma a un caso como el descrito.

Pensamos que si se tratara de transitar por el camino de la cuestionada retractación, sería el caso que ambos contratantes perjudicados podrían interponer dicha acción, pues ella sería aplicable *mutatis mutandis* al contrato de permuta.

Si una de las partes hubiese incurrido en error y la otra hubiese viciado su voluntad por dolo de la contraparte, entendemos que sólo podría demandar la anulación del acto aquélla que vició su voluntad por dolo de la contraparte, no pudiéndolo hacer quien indujo a que su contraparte se equivocara dolosamente.

Siempre dentro del terreno de las hipótesis, podríamos imaginar la eventualidad en que ambas partes hubiesen viciado su voluntad por dolo de la parte contraria. En este caso, ninguna de ellas podría intentar demandar la anulación del acto celebrado, pues existiría dolo recíproco.

4.6. El artículo 1534

El artículo 1534 regula el supuesto de la venta de bien ajeno conmutativa, conocida desde antaño como la *emptio rei speratae*. En este caso, según el referido artículo

9 Ver CASTILLO FREYRE, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca Para leer el Código Civil, 1992, vol. XIII, pp. 187-188.

1534, los efectos del contrato están sometidos a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

Dentro de tal orden de ideas, sería factible imaginar que el permutante A celebre un contrato con el permutante B y que el bien de A exista, en tanto que el bien que B se ha obligado a entregar, aún no tenga existencia al momento de la celebración del contrato. Si éste fuese el caso, podría aplicarse, sin mayor problema, al contrato de permuta el supuesto planteado por el artículo 1534.

Ahora bien, lo interesante sería analizar el caso en el cual tanto el contratante A como el contratante B, celebren una permuta sobre bienes que respectivamente no han llegado a tener la existencia deseada. En otras palabras, si nos encontramos frente a una permuta de bienes futuros, en la que son futuros tanto el bien que tiene que entregar el permutante A como el bien que tiene que entregar el permutante B.

El supuesto del artículo 1534 nos plantea un contrato conmutativo. Es dentro de tal orden de ideas que en la eventualidad de que sólo llegara a tener existencia uno de los bienes, en tanto que el otro no la llegase a tener, resultará claro que el contratante cuyo bien llegó a tener existencia, no tendrá la obligación de entregarlo a su contraparte, en tanto que ésta —obviamente— nada podrá entregar a la primera. Todo lo dicho se basa en el carácter conmutativo del contrato al que estamos haciendo referencia.

Finalmente, y dentro de la misma lógica empleada, podemos pensar que el contrato de permuta verse sobre dos bienes que todavía no tienen existencia, y que ninguno de ellos llegue a tener la existencia esperada. Al tratarse de un contrato conmutativo, resulta obvio que más allá de la imposibilidad material de ejecutar la prestación por parte de cada uno de los contratantes respecto al otro, ambas obligaciones quedarán sin efecto, no debiéndose nada recíprocamente.

4.7. *El artículo 1535*

Como sabemos, el artículo 1535 establece el caso de la venta de bien futuro conmutativa en cuanto a la existencia del bien, pero aleatoria, en cuanto a su cuantía y/o calidad.

En lo que respecta a la existencia del bien, estamos ante un contrato conmutativo, razón por la cual resultarán aplicables al contrato de permuta todas nuestras apreciaciones vertidas con ocasión del análisis del artículo precedente, en relación a la permuta (el numeral 1534).

Lo que quedaría por analizar es si el elemento de eventual aleatoriedad en cuanto a la cuantía y/o calidad es de aplicación o no al caso de la permuta. Por nuestra parte, pensamos que no habría inconveniente teórico ni práctico alguno para pensar que ambas normas se puedan aplicar a un contrato de permuta. Lo único que habrá que tener en cuenta es que ellas estarán dirigidas a tomar en consideración el elemento de aleatoriedad respecto de uno de los bienes permutados, y el otro seguirá la misma suerte que el precio en el contrato de compraventa.

Sin embargo, cabría la posibilidad de imaginar que ambas partes asuman riesgos de cuantía y/o calidad, tratándose de una permuta en la que ambos bienes sean futuros.

Si este fuese el caso, el contrato surtirá efectos independientemente de si el bien llega a tener o no la existencia en la cuantía y/o calidad convenidas, siempre y cuando la omisión esté referida al elemento que se asumió como aleatorio.

4.8. El artículo 1536

Como sabemos, el artículo 1536 del Código Civil contempla el supuesto de la compraventa de bien futuro en la modalidad aleatoria, conocida desde el Derecho Romano, con el nombre de *emptio spei*.

En síntesis, este contrato implica que se pague el precio, ya sea que el bien llegue a tener existencia o, incluso, en la eventualidad de que no la llegue a tener.

Aplicando esta norma al contrato de permuta, podríamos decir que el mismo plantearía un supuesto como el que se describe a continuación:

A contrata con B una permuta. El bien que debe entregar A es presente o existente, en tanto que el bien que debe entregar B es futuro. Las partes pactan que, llegue o no llegue a tener existencia el bien de B, A –de todas maneras– deberá cumplir con entregar en propiedad aquel bien que constituye objeto de su obligación contractual.

Pero, en igual medida que hemos planteado un supuesto de permuta de bien futuro aleatoria, concordante con lo prescrito por el artículo 1536, podríamos imaginar un supuesto todavía más complicado. Sería el caso en el cual las dos partes se obliguen a entregar en propiedad bienes futuros, asumiendo ambas el riesgo de la llegada a existencia de dichos bienes. En este sentido, si el contrato se celebra en términos enteramente aleatorios, y en la eventualidad de que ninguno de los dos bienes llegue a tener existencia, resultará evidente que ambas obligaciones se extinguirán y que ni A ni B deberán cumplir con prestación alguna.

Ahora bien, podría darse el caso en el cual uno de los bienes futuros llegue a tener existencia y el otro no. En este supuesto, al ser enteramente aleatorio el contrato, la parte cuyo bien llegó a tener la existencia pactada, deberá cumplir con entregarlo en propiedad a la otra, claro está, a cambio de nada, ya que manejamos el supuesto de que el bien objeto de la prestación de la contraparte nunca llegó a tener existencia.

4.9. El artículo 1537

Una de nuestras posiciones más antiguas y firmes respecto del contrato de compraventa, es aquella que sostiene que el artículo 1537 del Código Civil peruano, no regula un supuesto de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la que el promitente promete al promisario que un tercero, propietario de un bien determinado, celebrará con el promisario un contrato de compraventa en el futuro, o, que dicho tercero le transferirá efectivamente la propiedad de ese bien.

Es así, consecuentes con la posición mencionada, que creemos que el artículo 1537 resulta perfectamente aplicable al contrato de permuta. Para tal efecto, podríamos hacer la siguiente lectura del mismo: «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera por permuta la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Como ha podido apreciar el lector, lo único que hemos hecho es introducir, por razones obvias, la referencia al contrato de permuta, ya que en virtud de una adecuada sistemática y no encontrándose el artículo 1537 ubicado dentro del título del Contrato de permuta, tenemos que hacer referencia al hecho de que la norma alude, en este caso, a la promesa de una permuta y no a la promesa de una compraventa.

Finalmente, debemos admitir que este supuesto resultaría plenamente aplicable al caso en el cual nos encontrásemos frente a un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero *sui generis*, en el cual ambos contratantes se formulen una promesa recíproca en relación a la futura celebración de un contrato de permuta entre un tercero y alguno de ellos, independientemente de que se trate de dos terceros distintos y de dos bienes diferentes. En buena cuenta, lo que estoy señalando es que ambas partes podrían tener las calidades de promitente y promisorio, y que lo que busquen a través del contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, sea la celebración de uno o incluso de dos contratos de permuta distintos, contratos que serían celebrados entre cualquiera de ellos y una tercera persona, y en los cuales ambos tendrían la calidad de permutantes.

4.10. El artículo 1538

Como analizamos oportunamente, estimamos que el artículo 1538 del Código Civil es un supuesto de novación legal, a través del cual la ley transforma las obligaciones propias de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por las de un contrato de compraventa, y en donde torna al promitente en vendedor y al promisorio en comprador. Todo ello, dentro del plano legal, e independientemente de las serias objeciones que en su momento formulamos a dicha norma.

En tal sentido, consideramos que el artículo 1538 sí resultaría aplicable a una eventual promesa de la obligación o del hecho de un tercero en la que el promitente haya prometido al promisorio que un tercero celebrará con el promisorio un contrato de permuta o que efectivamente le transferirá la propiedad de un bien, luego de celebrado dicho contrato.

Aquí la novación legal consistiría en que de adquirir el promitente la propiedad del bien, quedaría obligado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1538, a transferirlo al ex-promisorio, quien al igual que él tendría la calidad de permutante. El ex-promitente debería recibir a cambio el bien que se había convenido que el ex-promisorio iba a transferir al tercero con quien eventualmente celebrara esa futura permuta prometida; ello, claro está, en caso que se hubiese establecido o identificado dicho bien.

Sin embargo, cabría la posibilidad de que no se hubiera señalado en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero qué bien era el que iba a entregar en propiedad el ex-promisorio. En este caso, podríamos llegar a tener los mismos problemas teóricos y prácticos que advertimos más adelante, en el análisis del artículo 1538 del Código Civil.

4.11. *El artículo 1539*

Sí es de aplicación a la permuta el artículo 1539 del Código Civil, ya que como hemos señalado en un anterior trabajo,¹⁰ es perfectamente válida la permuta sobre bienes ajenos.

Nuestra opinión es compartida por Manuel de la Puente y Lavalle.¹¹

Este numeral nos plantea el caso de la venta de bien ajeno en estricto. Dentro de estas consideraciones, podríamos pensar en mirar al 1539 como aplicable a una permuta de bien ajeno en estricto, entendiendo como tal al contrato en el que una de las partes se obliga a transferir a otra la propiedad de un bien ajeno, en tanto que su contraparte asume la obligación de transferir a la primera la propiedad de un bien propio.

En un supuesto como el descrito, si ambos contratantes conocen el carácter ajeno del bien, se tratará de una permuta válida, no rescindible y a la que sólo podrá quitársele efectos a través de una eventual resolución del contrato, en caso el permutante que no era propietario del bien no cumpliera oportunamente con entregarlo en propiedad (supuesto de resolución por incumplimiento).

Si quien se obliga a transferir la propiedad de un bien propio desconoce el carácter ajeno del bien de su contraparte, de acuerdo a la norma bajo análisis, tendría derecho a demandar la rescisión del contrato, salvo que dicha contraparte adquiera la propiedad del bien antes de la citación con la demanda.

Pero, estimamos que quedarían a salvo los preceptos relativos a la anulabilidad de los actos jurídicos. En tal sentido, si el permutante que se obliga a entregar un bien propio desconoce que el bien que se obliga a entregar su contraparte es ajeno, entonces, lo más probable es que dicho desconocimiento se haya derivado de un vicio de la voluntad, que en el caso que nos ocupa, si bien podría ser error, fundamentalmente será dolo, ya sea cometido éste por acción o por omisión. Si tal fuera el caso, estaríamos ante un acto anulable. En otras palabras, la permuta de bien ajeno sería anulable.

Pero, también podríamos imaginar algo distinto a lo configurado por el artículo 1539, en relación al contrato de permuta. Nos referimos al caso en el cual ambos bienes objeto de la obligación de los permutantes, fueran ajenos.

Resulta obvio que el contrato será válido si ambas partes conocen recíprocamente el carácter ajeno de dichos bienes. Dentro de tal orden de ideas, si ambas partes cumplen con sus obligaciones, es obvio que no habrá problema alguno. Caso contrario, es decir, si una parte cumple o está dispuesta a cumplir y la otra no, la perjudicada por el incumplimiento de su contraparte, podría demandar de ella la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos y la consiguiente resolución del contrato.

10 CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: CONCYTEC, 1990, pp. 273-276.

11 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca Para leer el Código Civil, 1991, primera parte, vol. XI, tomo III, p. 436.

Por otro lado, imaginémonos el supuesto en el cual, siendo los dos bienes ajenos, una parte conoce el carácter ajeno del bien, en tanto que la otra desconoce tal situación, respecto del mismo bien.

Si la parte que desconoce el carácter ajeno del bien, desea rescindir la permuta, podrá hacerlo, en virtud de la facultad que le concede el artículo 1539 del Código Civil, pero con las restricciones impuestas por la norma en cuestión.

Por otra parte, podríamos imaginar una situación distinta, enfocando el tema desde la perspectiva de la existencia de un vicio de la voluntad, se trate de dolo o de error. En este caso, la parte que ha viciado su voluntad podría anular el acto.

El problema se plantearía si ambas partes desconocen recíprocamente el carácter ajeno de los bienes objeto de la permuta.

Si tal desconocimiento obedeciera a error, cualquiera de ellas podría demandar la anulación del contrato o la rescisión del mismo, si hacemos aplicable lo dispuesto por el artículo 1539 del Código. Si uno de los contratantes vició su voluntad inducido a error por la contraparte (es decir, si se configuró un supuesto de dolo), necesariamente la conclusión será que quien vició su voluntad por error podría demandar la anulación del acto (o su rescisión). Pero, de ninguna manera podría pensarse que el culpable de la existencia de dicho vicio pueda demandar la anulación o rescisión del acto.

Finalmente, si hubo dolo recíproco en la permuta, ninguna de las partes podría anular el acto; ello, en virtud de la normatividad vigente al respecto.

4.12. El artículo 1540

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1540, y refiriéndose a la venta de bien ajeno, si el bien sólo fuese parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Ahora bien, si quisiéramos hacer de aplicación esta norma al contrato de permuta, podríamos imaginar el siguiente caso.

A se obliga a transferir a B la propiedad de un bien que no le pertenece totalmente, sino sólo en parte, en tanto que B se obliga a transferir a A la propiedad de un bien que sí le pertenece en su totalidad. Si B desconocía el carácter ajeno del bien que A se había obligado a transferirle, entonces podría darse el caso en el que rija a favor de B la opción concedida en el artículo 1540, a través de la cual o pueda solicitar la rescisión del contrato o la reducción de la prestación que él tiene que cumplir (la misma que haría las veces de precio, al estar refiriéndonos al contrato de permuta).

Sin embargo, la aplicación de este precepto no sería del todo fácil, en la medida en que en muchos de los contratos de permuta resultaría imposible reducir la prestación que tiene que ejecutar el permutante que es propietario, del bien o de los bienes que se ha obligado a transferir, a quien no es propietario de los que le corresponde entregar. En este caso, sólo será posible aplicar el supuesto del artículo 1540, en tanto estemos frente a un permutante que pueda cumplir con entregar un bien de su propiedad, que tenga carácter divisible, ya que sólo así podrá reducir su contraprestación sin que se

desnaturalice la obligación asumida. Caso contrario, es decir, si la prestación a que está obligado es indivisible, no resultará imaginable que se produzca una reducción en ella.

Ahora bien, podría pensarse, como en alguna ocasión hemos escuchado decir, que la solución del problema estaría dada con la posibilidad de que el permutante, del bien parcialmente ajeno, sea obligado a transferir la propiedad de la parte del bien que le pertenece y a entregar un suplemento en dinero, para así, de este modo, se vean compensados los valores en relación a aquello que las partes se habían obligado a permutar originalmente. Por nuestra parte, no creemos en la racionalidad de una solución como la descrita, ya que atentaría contra el principio de identidad en el pago, imponiendo a dicho permutante el cumplimiento de una obligación jamás asumida, ya que el mismo nunca se obligó a entregar dicha cantidad de dinero, conjuntamente con el bien parcialmente ajeno. Consideramos que no podría ser obligado a ello; y si el otro permutante lo intentase, tendría todo el derecho a oponerse, exigiendo se siga el camino de la rescisión del contrato, por ser el único legal y prácticamente viable.

4.13. El artículo 1541

Consideramos que el artículo 1541 del Código Civil resulta plenamente aplicable al contrato de permuta, debiendo asumirlo como que en los casos de rescisión de permuta de un bien totalmente ajeno o de un bien parcialmente ajeno, la parte que conocía el carácter ajeno del bien debe restituir a la parte que desconocía dicho carácter, el bien que hubiera recibido de esta última, así como pagarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Naturalmente, la devolución del bien y la indemnización a pagar, estarán a cargo del permutante que hubiera recibido el bien del otro permutante y que haya contratado sobre un bien que no le pertenecía (un bien ajeno).

Además, quien se obligó a transferir la propiedad de lo ajeno e incumplió con efectuar dicha transferencia, igualmente deberá reembolsar los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el otro permutante, así como todas las mejoras introducidas por éste.

4.14. El artículo 1542

No nos cabe la menor duda de que el artículo 1542 sólo fue concebido en función del contrato de compraventa. Es más, por sus orígenes (el Código de Comercio Español y el Código de Comercio peruano) no cabe duda al respecto, así como tampoco sobre su contenido, el cual está configurado estrechamente en relación al contrato de compraventa de bienes muebles en tiendas o establecimientos abiertos al público.

Todos sabemos que los contratos que se celebran en este tipo de establecimientos son contratos de compraventa y que resultaría sumamente extraño observar la celebración de contratos de permuta en estos locales.

No obstante, tal situación no debe ser descartada ni en el plano teórico ni en el plano práctico, ya que podría ser factible imaginar la celebración de un contrato de permuta (por ejemplo, respecto de dos artefactos electrodomésticos, uno nuevo y otro usado) en este tipo de establecimientos, redondeándose el supuesto con los requisitos

establecidos por el propio artículo 1542 del Código Civil peruano. Vale decir, que aparte de tratarse de una tienda o de un local abierto al público, la permuta de bien ajeno esté amparada con factura o póliza del permutante que lo entrega. En este caso, el bien ajeno entregado por la tienda o local abierto al público no sería susceptible de reivindicación por parte de su ex-propietario, quedando a salvo el derecho de este último para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra aquél que lo permutó indebidamente.

Es claro que en nuestras sociedades modernas, resultaría difícil encontrarnos frente a un contrato de estas características, pero ello no sería imposible.

No obstante, estimamos que la mayoría de casos en los cuales apreciaremos permutas de bienes ajenos, serán supuestos donde habrá ausencia de cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1542 (nos referimos a la entrega de factura o póliza), en tanto que el supuesto más común de este tipo de permutas se dará en ferias de los pueblos del interior del país, en las cuales no impera –precisamente– la formalidad.

4.15. El artículo 1543

Luego de terminar nuestro análisis sobre la aplicación de las normas del bien materia de la venta al contrato de permuta, nos toca responder a la interrogante de si al mismo son o no aplicables los preceptos relativos al precio.

Los autores consultados para la realización de este trabajo coinciden en negar la posibilidad de aplicación de las normas del precio al contrato de permuta.

Nos atrevemos a dudar de tan categórica afirmación.

Consideramos que en el contrato de permuta, si bien ambas partes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes, ocurre que cada uno de esos bienes también cumple la función de ser precio del otro. Por tales consideraciones es que creemos factible la asimilación, en la medida de lo posible (vale decir, salvando la distinción entre el precio dinerario o mixto y el bien que sería objeto de las prestaciones en la permuta), de los artículos relativos al precio.

¿Por qué no considerar aplicable al contrato de permuta el artículo 1543, relativo a la nulidad del contrato cuando la determinación del precio se deja al exclusivo arbitrio de una de las partes?

No debe confundir el lector el supuesto del artículo 1543, en una eventual aplicación al contrato de permuta, con la determinación del bien dejada a la elección de una de las partes, hipótesis prevista en los artículos 1143 y 1144 del Código Civil.

Decimos esto, porque los referidos numerales se circunscriben a las obligaciones de dar bienes inciertos, en las cuales se ha señalado, al menos, la especie y la cantidad de dichos bienes. En tal sentido, obviamente si se tratara de un contrato de compraventa en el cual se hubiera dejado la elección de un bien incierto a una de las partes contratantes, no habría arbitrariedad alguna de por medio, en la medida en que se sigan las prescripciones establecidas en los artículos 1143 y 1144, y sobre todo si dicha elección se ciñe al mecanismo establecido en ambas normas.

Pero, lo que debe tenerse en claro es que no nos encontramos ante una absoluta indeterminación, lo que equivale a decir que dicha elección será factible de realizarse, en la medida en que existen mecanismos que la ley prevé para tal efecto.

No es lo mismo cuando hablamos del precio, pues la absoluta indeterminación del mismo y el que se deje en manos de una sola de las partes, no nos permite aplicar ninguna de las normas o criterios establecidos en los artículos 1143 y 1144. Y es que no se trata de un supuesto de precio determinable, sino de precio indeterminado e indeterminable.

Es dentro de este orden de ideas que debemos enfocar el análisis del artículo 1543, no referido al precio, sino al bien, ya que en la permuta no hay precio de por medio sino dos bienes que se intercambian los permutantes (y, si cabe la expresión, en la permuta cada bien representa el precio del otro). Así, el artículo 1543 equivale al supuesto en el cual la determinación de uno de los bienes objeto de la permuta se deje al más absoluto arbitrio de una de las partes, infringiendo la pauta mínima establecida por el artículo 1142 del Código Civil, que establece que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, en su especie y cantidad. Esto significaría encontrarnos ante una indeterminación del bien, equivalente a la que existiría si lo que fuese indeterminado sea el precio. Así, si su determinación se dejara en manos de una sola de las partes, ésta se encontraría en aptitud de cometer la mayor de las arbitrariedades, escogiendo el bien de más insignificante valor para entregarlo al otro permutante.

De ahí que la norma puede llegar a ser entendida como aplicable al contrato de permuta, y referida no al precio sino al propio bien.

Hacemos de aplicación estas consideraciones al supuesto en el cual no sólo se deje indeterminado uno de los bienes, sino los dos. Ello sería así, con mayor razón y fundamento jurídico.

4.16. El artículo 1544

Establece el artículo 1544 del Código Civil que es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408.

Resulta evidente que el citado artículo 1544 puede aplicarse al contrato de permuta, ya que no existiría inconveniente teórico ni práctico alguno para que las partes convengan en que un tercero escoja el bien. Todo ello, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1143, 1144, 1407 y 1408 del propio Código Civil.

Es claro que también podría acordarse la celebración de un contrato de permuta en el cual las partes convengan que será uno o varios terceros los que escojan el bien a entregar, no sólo por parte de uno de los permutantes, sino por ambos. Esto significaría que la figura o planteamiento descrito con anterioridad resultaría aplicable recíprocamente a ambas partes, si ellas así lo decidieran.

4.17. El artículo 1545

Pensamos que deberíamos asumir el supuesto del artículo 1545 del Código Civil como aplicable al bien materia de la permuta, comparando su valor con el que tenga el bien con el cual va a ser permutado en determinada Bolsa o mercado, en determinado lugar y día.

Si bien entendemos que un supuesto como éste resultaría altamente improbable que ocurriera en la práctica, en el plano teórico sería plenamente factible el que se presentara y, por tanto, no debemos descartar al artículo 1545 como norma susceptible de ser aplicada al contrato de permuta.

4.18. El artículo 1546

Si bien es cierto que el redundante artículo 1546 del Código Civil subraya la licitud de las partes para fijar el precio con sujeción a las cláusulas valoristas contempladas en el artículo 1235, ello no obsta a que pudiera aplicarse esa norma al contrato de permuta, entendiendo que dicha aplicación se haría en referencia a uno de los bienes objeto de este contrato y que la cláusula valorista o de reajuste escogida tenga como correlato la obligación de entregar una cantidad mayor o menor de los bienes que se ha obligado a entregar el otro permutante. Lo que queremos expresar es que la aplicación del valorismo tendría en este caso, necesariamente, que hacerse respecto de los bienes que van a constituir contraprestación a aquella cosa que va a transferir uno de los permutantes y que ha sido tomada como referencia para que a ella le sean aplicables dichos conceptos de reajuste.

4.19. El artículo 1547

Esta norma, si la hiciésemos aplicable al contrato de permuta, tendríamos que leerla en el sentido en que en la permuta de bienes que el permutante permuta habitualmente, si las partes no han determinado la cantidad de bienes que el otro permutante deberá transferir, ni han convenido el modo de determinarla, regirá la cantidad normalmente establecida por el permutante del primer bien para el intercambio con dichos otros bienes.

Por otra parte, el segundo párrafo del citado artículo 1547, habría que entenderlo en el sentido en que si se trata de bienes que tienen un valor de intercambio con relación a los que van a constituir su contraprestación, en Bolsa o mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el monto de estos últimos bienes, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

Como vemos, el artículo 1547 también devendría en aplicable al contrato de permuta.

4.20. El artículo 1548

Esta norma establece que en la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto. Para hacerla de aplicación a la permuta, deberíamos comprender que ella está aludiendo a la permuta en la que el

monto de los bienes que constituyen contraprestación se fija por peso. Entendemos que en este caso, la presunción de que el peso está referido al peso neto, debe comprenderse como alusiva a ambos bienes materia del contrato de permuta. Así, cualquier referencia al peso en ambos casos, se entenderá hecha al peso neto.

Del análisis de los artículos 1543 a 1548, puede deducirse que, no sin dificultades, es probable la aplicación de las normas del precio en el contrato de compraventa al contrato de permuta, contrariamente a lo que establece la mayoría de autores de nuestra tradición jurídica.

Sin embargo, debemos subrayar el hecho de que estamos haciendo este análisis en el entendido de tratar –en la medida de lo posible– de hacer aplicables casi todas las normas de compraventa al contrato de permuta, sin que ello implique que desconozcamos que la compraventa tiene algunos elementos esenciales especiales de que carece el contrato de permuta, como es el caso del precio.

4.21. El artículo 1549

Con el artículo 1549 comienza el Código Civil peruano, el tratamiento de las obligaciones del vendedor. En esta norma establece que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Resulta evidente que este artículo es de plena aplicación al contrato de permuta, ya que en él no será sólo una parte la que se encuentra obligada a perfeccionar la transferencia de propiedad del bien, sino ambas.

En tal sentido, podría decirse que el numeral bajo análisis resulta doblemente aplicable a la permuta. Cada permutante tendría esta obligación respecto al bien que se haya obligado a transferir.

4.22. El artículo 1550

Este precepto señala que el bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios.

Resulta claro que el citado numeral es de perfecta aplicación al contrato de permuta y que resulta pertinente respecto a cada uno de los bienes y a cada una de las partes.

4.23. El artículo 1551

Al ser de plena aplicación a la permuta el numeral 1551 del Código Civil, diremos que cada uno de los permutantes debe entregar al otro los documentos y títulos relativos a la propiedad o uso del bien permutado, salvo pacto distinto.

4.24. El artículo 1552

El artículo 1552 del Código Civil deviene de plena aplicación al contrato de permuta, con la salvedad de que se aplica a cada uno de los bienes permutados, debiendo, cada uno de ellos, ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto.

4.25. El artículo 1553

Esta norma es aplicable al contrato de permuta, entendiéndose que a falta de estipulación al respecto, cada uno de los bienes permutados debe entregarse en el lugar en que se encuentren en el momento de celebrado el contrato.

De otro lado, en lo que se refiere a la segunda parte de esta norma, podría darse el caso en que no sólo uno de los bienes, sino ambos fueran inciertos, supuesto en el cual la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación.

4.26. El artículo 1554

Pensamos que el artículo 1554 del Código Civil debe aplicarse a la permuta, entendiendo que cada uno de los permutantes responde frente al otro por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega. Si no hay culpa, cada uno de los permutantes responderá por los frutos sólo en caso de haberlos percibido.

4.27. El artículo 1555

Esta norma, también aplicable al contrato de permuta, puede ser entendida en el sentido en que si al tiempo de celebrarse el contrato, el permutante A conocía de un obstáculo que iba a demorar la entrega del bien que debía efectuarle el permutante B, no se aplica el artículo 1554, ni el permutante B es responsable de indemnización alguna por los daños y perjuicios que dicha demora eventualmente hubiese causado.

Ahora bien, podemos entender que esta norma sería aplicable incluso en el supuesto en que ambos contratantes tuvieran problemas para cumplir a tiempo, y ambos, igualmente, conocieran de la existencia de dichos problemas, al momento de la celebración del contrato.

Allí resultaría obvio que ninguno de los dos debería responder por los daños y perjuicios que, eventualmente, hubiese causado a la parte contraria.

4.28. El artículo 1556

Resulta claro que el artículo 1556 del Código Civil es aplicable al contrato de permuta, entendiéndolo de esta forma: cuando se resuelve la permuta por falta de entrega de uno de los bienes, el permutante culpable debe reembolsar al permutante no culpable los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado e indemnizarle los daños y perjuicios.

4.29. El artículo 1557

Para aplicar el artículo 1557 al contrato de permuta deberíamos entender la existencia de una figura en la cual uno de los permutantes tenga que entregar un bien de manera indivisible, en tanto que el otro deba entregar el suyo a plazos, vale decir, de manera divisible. Así, demorada la entrega del bien por el permutante que debe entregarlo de manera indivisible, dicha demora tendrá por efecto que los plazos del otro permutante se prorroguen por el tiempo que dure la demora.

4.30. El artículo 1558

Debemos tener cuidado al momento de aplicar al contrato de permuta, el artículo 1558 y los demás relativos a las obligaciones del comprador. Se trata del mismo cuidado que era necesario tomar en la aplicación de las normas del precio (artículos 1543 a 1548).

En relación al primer párrafo del artículo 1558, podríamos asumir que cada uno de los permutantes estaría obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

No nos olvidemos de que en lo relativo a las obligaciones del vendedor ya existe una norma (el artículo 1552), atinente al momento de la entrega, al igual que otra (el artículo 1553), relativa al lugar de la entrega del bien. En este caso, debemos compatibilizar, tratándose de un contrato de permuta, la existencia de una regulación en obligaciones del vendedor y en obligaciones del comprador sobre los mismos temas, ya que el artículo 1558 también se refiere a ellos.

Así, el segundo párrafo del artículo 1558 podríamos entenderlo –referido al contrato de permuta– en el sentido en que a falta de convenio y salvo usos diversos, el bien debe ser entregado en su integridad en el momento y lugar en que se entregue el otro bien. Esta norma resulta congruente con las disposiciones de obligaciones del vendedor y, además, es pertinente para efectos de la función y medios de defensa propios de un contrato con prestaciones recíprocas, como es el caso del contrato de compraventa, ya que podría llegar a resultar aplicable al caso lo relativo a la excepción de incumplimiento.

Finalmente, diríamos que la última parte del segundo párrafo del artículo 1558 puede entenderse en el sentido en que si uno de los permutantes no puede efectuar el pago en el lugar de la entrega del bien por parte del otro permutante, dicha entrega se hará en el domicilio del primero de los permutantes mencionados.

4.31. El artículo 1559

Este numeral también debería ser entendido como referente a una permuta en la cual uno de los bienes es indivisible (o por lo menos, debe ser entregado en una sola ocasión) y que el bien que se ha obligado a entregar el otro permutante, es de naturaleza divisible.

4.32. El artículo 1560

Este artículo deviene en aplicable al contrato de permuta, en la medida en que resulte siéndolo el numeral precedente.

4.33. El artículo 1561

El supuesto del artículo 1561 del Código Civil se basa en que estemos ante un contrato de compraventa en el que se haya pactado el pago del precio a plazos, y que éstos no sean menores de tres (tres armadas o cuotas). Dentro de tal orden de ideas, si quisiésemos aplicar este numeral al contrato de permuta, deberíamos pensar en un contrato en el cual una de las partes se obligue para con la otra a transferirle periódicamente.

camente la propiedad de partes de un bien o de bienes que –sumadas dichas entregas– constituyan el íntegro de la prestación a ejecutar.

Si así fuera, sería aplicable al contrato de permuta. No debería descartarse tampoco que la entrega o pago periódico de dichos bienes no sólo podría ser objeto de la obligación de uno de los contratantes sino de ambos. En este caso, las acciones corresponderían –claro está– a la parte que se estuviese perjudicando con el incumplimiento de la otra.

4.34. El artículo 1562

Este numeral podría resultar de plena aplicación al contrato de permuta, en la medida en que lo es el artículo 1561, que constituye su fundamento.

4.35. El artículo 1563

El primer párrafo del artículo 1563 puede ser perfectamente aplicado al contrato de permuta, debiendo entenderse como que la resolución del contrato por incumplimiento de uno de los permutantes da lugar a que el otro permutante devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

La aplicación del segundo párrafo del artículo 1563, no deviene tan pacífica, en la medida en que contempla que para el caso del contrato de compraventa, alternativamente puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal.

Pensamos que este párrafo devendría en aplicable siempre y cuando la parte o permutante que ha venido cumpliendo con sus obligaciones, se encuentre frente a un permutante que deba entregar o cumplir con sus prestaciones fraccionadamente, lo que equivale a decir, que debe hacer diversas entregas de bienes a su contraparte.

También podríamos imaginar el supuesto en el cual sean ambos contratantes los que deban ejecutar, fraccionadamente, sus respectivas prestaciones.

Siempre partiendo de que exista un pacto previo al respecto, llegaríamos a la conclusión de que la parte que ha cumplido o viene cumpliendo podrá hacer suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas de bienes que haya recibido en propiedad, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal.

En lo que respecta a la cláusula penal, no habría impedimento teórico para que ésta consista en bienes de distinta naturaleza o carácter que el dinero, en la medida en que la penalidad puede consistir en una prestación de cualquier naturaleza, más allá de que en la generalidad de casos se pacte en dinero.

4.36. El artículo 1564

El numeral 1564 del Código Civil peruano podría aplicarse perfectamente al contrato de permuta, naturalmente con la salvedad de que su lectura debería ser que

en la permuta de bienes muebles no entregados al permutante que debe recibirlos, si éste no entrega el que le corresponde, en todo o en parte, ni otorga la garantía a que se hubiere obligado, el otro permutante puede disponer del bien mueble a que se está haciendo referencia. En este caso el contrato queda resuelto de pleno derecho.

4.37. El artículo 1565

El artículo 1565, aplicado al contrato de permuta, debería entenderse en el sentido en que cada uno de los permutantes se encuentra obligado a recibir el bien que le tiene que entregar el otro, en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos.

Dentro de tal orden de ideas, en lo que respecta al segundo párrafo de la norma, ella también se haría extensiva a las dos partes que celebran el contrato de permuta. En tal sentido, a falta de plazo convenido o de usos diversos, cada permutante debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

4.38. El artículo 1566

El artículo 1566 del Código Civil, cuando establece que los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles inscritos en el registro correspondiente se rigen por la ley de la materia, está haciendo alusión directa al tema del Registro Fiscal de Ventas a Plazos, cuya normatividad fue derogada por completo en virtud de la primera Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley n.º 28677, publicada en el diario oficial *El Peruano*, con fecha miércoles 1 de marzo de 2006 y vigente desde el martes 30 de marzo de ese mismo año.

La norma en su antiguo –y hoy derogado– contenido, era de plena aplicación al contrato de permuta, a pesar de que inscribir una permuta en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, resultaba inusual.

Al haber cambiado la normativa, e incluso regir una segunda Ley de la Garantía Mobiliaria (Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, Decreto Legislativo n.º 1400, publicado en el diario oficial *El Peruano*, con fecha lunes 10 de septiembre de 2018 y vigente desde el martes 11 de septiembre de ese mismo año), estos contratos se regirán por el Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los Registros Jurídicos de Bienes Muebles (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 142-2006-SUNARP-SN). Al respecto, consideramos que el artículo 1566 resulta de plena aplicación al contrato de permuta.

4.39. El artículo 1567

Como puede apreciar el lector, uno de los capítulos más criticados en lo que respecta al contrato de compraventa, es el relativo a la transferencia del riesgo. En su tratamiento, formulamos considerables críticas que, a nuestro entender, no dejan en pie ninguna de las normas del Código Civil en esta materia.

Sin embargo, en este punto de nuestro trabajo no nos corresponde criticar los numerales 1567 a 1570, sino única y exclusivamente apreciar si los mismos devienen en

aplicables o no al contrato de permuta. En tal sentido, del primero de ellos podemos decir que cuando nos encontremos en presencia de una permuta en la cual al menos uno de los permutante se obligue a entregar un bien cierto, de acuerdo a la lógica de esta norma (la misma que no es compartida por nosotros), el riesgo de pérdida de ese bien cierto, no imputable a ninguno de los permutantes, pasará al permutante que debe recibir dicho bien, en el momento de su entrega.

Resulta evidente que el tema será aplicable cuando nos encontremos en presencia de dos permutantes que se obligan a entregar bienes ciertos, aplicándose la norma, por igual y según corresponda, a cada uno de dichos bienes.

4.40. El artículo 1568

De acuerdo al orden de ideas que venimos manejando, el numeral 1568 también devendría en aplicable al contrato de permuta, en el entendido de que si nos estuviésemos refiriendo a la obligación de uno de los permutantes, respecto a un bien cierto, el permutante que debe recibirlo o recogerlo no los recibiese o recogiera en el momento señalado en el contrato para la entrega, si es que dicho bien ya se encontraba a su disposición.

En este caso, el precepto también resulta aplicable al supuesto en el cual ambos contratantes se obliguen a entregar bienes ciertos y uno de ellos no los reciba en el momento señalado en el contrato para la entrega, encontrándose dicho bien a disposición de aquél que no lo recibió.

4.41. El artículo 1569

Ya sea que uno o ambos permutantes se obliguen a entregar bienes por peso, número o medida, nos encontraremos dentro del supuesto del artículo 1569 del Código Civil, debiéndose aplicar el artículo 1568 del mismo si, encontrándose los bienes a su disposición, el permutante al que le corresponda, no concurre en el momento señalado en el contrato, o determinado por su contraparte para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición. Todo ello, naturalmente, más allá de nuestras serias discrepancias conceptuales con este precepto.

4.42. El artículo 1570

Siempre haciendo la salvedad de que esta norma resulta susceptible de aplicación recíproca, diremos que podría ocurrir que a pedido de uno de los permutantes, el otro expida el bien a lugar distinto de aquél en que debía ser entregado. En este caso el riesgo de pérdida pasa al permutante que debía recibir el bien, a partir del momento en que el otro permutante lo expida a destino (a pesar de que ello carecería de sentido).

4.43. El artículo 1571

Más allá de las apreciaciones efectuadas en relación a la pertinencia o no de regular la venta a satisfacción del comprador, la venta a prueba y la venta sobre muestra, diremos que en el primero de los casos resulta perfectamente admisible la existencia de

la que llamaríamos permuta a satisfacción del permutante, y siguiendo la estructura del artículo 1571 del Código Civil, se podría decir que la referida permuta de bienes a satisfacción del permutante, se perfecciona (celebra) sólo en el momento en que la contraparte (vale decir, el otro permutante) declara su conformidad.

En tal sentido, se desprende del segundo párrafo de la norma bajo comentario, que dicho otro permutante debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por su contraparte.

4.44. El artículo 1572

Como sabemos, el artículo 1572 está referido a la compraventa a prueba. No habría inconveniente para imaginar una permuta a prueba. Dentro de tal orden de ideas, la permuta a prueba se consideraría celebrada bajo la condición suspensiva de que el bien tomado como referencia para dicha prueba tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

La prueba deberá realizarse en el plazo y según las condiciones establecidas en el contrato o por los usos.

Si no se realiza la prueba o el resultado de ésta no es comunicado al otro permutante dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

Debemos señalar, además, que nada impediría que se celebrase una compraventa a prueba en la cual la referida prueba estuviera pactada, tomando como referencia no sólo el bien que debe entregar uno de los permutantes, sino también el que debe entregar su contraparte. En este caso, el contrato surtirá efectos desde el momento en el cual se cumpla positivamente la última de las pruebas a realizar y el resultado de ésta se comuniqua a la parte que debe conocerlo, dentro del plazo indicado.

Igualmente, en caso no se realizara alguna de las pruebas (o incluso ambas) o el resultado de ella no fuera comunicado a la contraparte dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

4.45. El artículo 1573

Sabemos que el artículo 1573 está referido a la compraventa sobre muestra. En tal sentido, nos corresponde opuesta a la interrogante de si cabe una permuta sobre muestra.

Pensamos que sí. No habría inconveniente teórico o práctico alguno. Si se tomara como referencia uno de los bienes a ser permutados, la parte que va a adquirir su propiedad tendría derecho a la resolución del contrato, si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio.

Obviamente, si ambas partes hubieran celebrado la permuta sobre muestra, es decir, teniendo en consideración ambos bienes, cualquiera de los permutantes tendría derecho a resolver el contrato si la calidad de alguno de esos bienes no fuese conforme a la muestra respectiva o a la calidad conocida en el comercio.

4.46. El artículo 1574

Ahora nos corresponde analizar la posibilidad de existencia de una permuta sobre medida.

En tal sentido, si siguiésemos el tenor del artículo 1574 del Código Civil, el esquema que se plantearía sería el de la permuta de un bien con indicación de su extensión o cabida, a cambio de uno o más bienes que deberán serle entregados por cada unidad de extensión o cabida. En este caso, el permutante del primer bien a que hemos hecho referencia, está obligado a entregar al otro la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, el permutante que ha recibido dicho bien, se encontrará obligado a pagar lo que se halle de más (siempre en el bien o bienes de que se trate), y, en su caso, el otro permutante se encontrará en la obligación de devolver a su contraparte la cantidad del bien (o bienes) correspondiente a lo que se halle de menos. Sin embargo, resulta evidente que una solución como la planteada, sólo sería susceptible de producirse en especie, en la medida en que el bien de cuya falta o exceso estemos hablando, sea uno de carácter divisible o un conjunto de bienes, divisibles por naturaleza. De lo contrario, la solución no resultaría factible en lo que respecta al contrato de permuta.

Podría pensarse, sin embargo, que dicha solución sería practicable en la medida en que la restitución de los excesos o defectos se haga con dinero, pero ello trasgrediría el principio de identidad en el pago.

Es por esta razón que nos inclinamos a pensar que la solución del tema estaría en que el problema de los excesos o defectos se zanje a través de la entrega, en devolución o por adición, de aquellos bienes que la otra parte se obligó a transferir en propiedad a aquel permutante, cuyo bien se tomó como referencia a efectos de este contrato.

En la medida en que no se trate de una especie limitada y que sea factible realizar esa entrega o devolución en esos mismos bienes, el problema se solucionará fácilmente. Para estos efectos, estamos tomando este tipo de bienes como si fuesen dinero, precisamente la cantidad que en la compraventa sobre medida el comprador se hubiera obligado a pagar por cada unidad de extensión o cabida. El esquema sería exactamente el mismo para la permuta sobre medida.

4.47. El artículo 1575

Esta norma nos plantea el supuesto en el cual el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido sea mayor que un décimo de la indicada en el contrato, caso en el cual el comprador puede optar por su rescisión.

Independientemente de las críticas que merece este numeral en el presente trabajo, podríamos pensar que el mismo resulta de aplicación al caso de la permuta sobre medida, dentro de similares consideraciones a las esbozadas al analizar el artículo 1574, respecto a su eventual aplicación al contrato de permuta.

4.48. El artículo 1576

Esta norma (siguiendo lo planteado en el numeral 1574) es aplicable cuando en la permuta sobre medida el permutante no pueda pagar al otro, inmediatamente, la

cantidad de bienes por efecto del exceso que resultó. En este caso el otro permutante (es decir, quien debe recibir dicha entrega), se encuentra obligado a conceder a su contraparte un plazo no menor de treinta días para el pago. Si no lo hace, el plazo será determinado por el juez, en el trámite del proceso no contencioso, con arreglo a las circunstancias.

Igual regla se aplica, en su caso, para que el otro permutante devuelva la diferencia que hubiere resultado.

4.49. El artículo 1577

Como sabemos, el artículo 1577 regula el supuesto de la compraventa en bloque. Pensamos que resultaría factible admitir la existencia de una permuta en bloque, en la medida en que, dentro de un contrato de esta naturaleza, imaginemos que se contrate sobre un bien, fijando como contraprestación otro bien u otros bienes, pero en consideración a la integridad o totalidad del primero de ellos, y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato.

En este caso, el permutante a quien se debe entregar dicho bien, deberá, a su vez, entregar a su contraparte la totalidad del bien o bienes que se obligó a transferir en propiedad, a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, la contraprestación sufrirá –en la medida en que ello sea posible– la reducción o el aumento proporcional.

4.50. El artículo 1578

El artículo 1578 del Código Civil es una norma que reviste gran utilidad, en la medida en que trata acerca de la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo precio, pudiéndose presentar los supuestos de compraventa sobre medida o compraventa en bloque. Pensamos que esta norma devendría aplicable a aquellos supuestos, en tanto se presenten las condiciones esbozadas en nuestro análisis de los numerales 1574, 1575 y 1576 (aplicables a la permuta sobre medida) y 1577 (referente a la permuta en bloque).

Por lo demás, si fuese el caso en que resultaran aplicables estas consideraciones, la utilidad del artículo 1578 resultaría similar, tanto para la compraventa como para la permuta.

4.51. El artículo 1579

El artículo 1579 del Código Civil establece lo referido al derecho del vendedor al aumento del precio y el del comprador a su disminución, así como el derecho de este último de pedir la rescisión del contrato, supuestos que caducan a los seis meses de la recepción del bien por el comprador.

La norma resulta plenamente aplicable al contrato de permuta, en tanto resulten factibles los supuestos de permuta sobre medida y permuta en bloque, ya analizados,

casos para los cuales las acciones caducarán –igualmente– a los seis meses de la recepción del bien por el permutante que corresponda.

4.52. El artículo 1580

Los artículos 1580 y 1581 tratan acerca de la compraventa sobre documentos. Más allá de las críticas que formulamos a ambos numerales en este trabajo, debemos puntualizar que la primera de las normas citadas devendría en plenamente aplicable al caso de la permuta. Con esto queremos decir que cabría perfectamente una permuta sobre documentos, acto en el cual la entrega del bien o de los bienes quedaría sustituida por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato o, en su defecto, por los usos.

4.53. El artículo 1581

Resulta evidente que cuando hablamos de una permuta sobre documentos no podremos hacer referencia al precio. En tal sentido, el numeral bajo análisis debería ser interpretado como que el pago de la contraprestación debe efectuarla el otro permutante en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto o uso distintos.

4.54. El artículo 1582

Debemos recordar que el artículo 1582 del Código Civil regula dos pactos nulos en lo que respecta al contrato de compraventa. El primero, es el pacto de mejor comprador (inciso 1), en tanto que el otro es el pacto de preferencia (inciso 2).

Analizando por separado cada uno de estos convenios o cláusulas, podemos decir que –en relación al contrato de permuta– sería factible imaginar la existencia de un pacto de mejor permutante, en virtud del cual pueda rescindirse la permuta por convenirse que si hubiera quien dé u ofrezca un bien más valioso a cambio del bien a que estamos haciendo referencia, este último bien deberá ser devuelto por el permutante a su contraparte (es decir, al permutante que le transfirió su propiedad).

De otro lado, el pacto de preferencia podría ser entendido en relación al contrato de permuta, como aquél en virtud del cual se impone a uno de los permutantes la obligación de ofrecer el bien que adquirió, al permutante que se lo ha transferido, por lo que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo, si es que dicha enajenación consistiese en una permuta.

Sin embargo, pensamos que el pacto de preferencia sólo será aplicable al contrato de permuta en tanto aquello que ofrezca quien desea adquirir en el futuro dicho bien por permuta, sea un bien de carácter fungible, ya que si nos pusiéramos en el caso extremo de que fuera un bien cierto, resultaría evidente que quien gozase de dicha preferencia, se vería imposibilitado de ejercitarla, precisamente por no poder ofrecer un bien similar.

4.55. El artículo 1583

Como se recuerda, el artículo 1583 versa acerca de la compraventa con reserva de propiedad, estableciéndose que en la compraventa puede pactarse que el vendedor

se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega. En el caso del contrato de permuta, hablaríamos de una permuta con reserva de propiedad, en la cual uno de los permutantes se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado el íntegro del bien o de los bienes que se había obligado a transferir el otro permutante, o una parte determinada de los mismos, asumiendo este último contratante el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, desde el momento de la entrega.

En lo referente al último párrafo del artículo 1583, podemos decir que resultará de aplicación cuando el permutante, que se ha obligado a pagar fraccionadamente el bien, termine de transferir la propiedad de la cantidad o porcentaje de bienes convenidos, supuesto que en la mayoría de casos, será equivalente a la totalidad de los mismos.

4.56. El artículo 1584

Esta norma, referente a la oponibilidad frente a terceros de la reserva de propiedad, también podríamos hacerla aplicable a la permuta. En tal sentido, siguiendo al artículo 1584, diríamos que la reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del permutante sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo.

Si se trata de bienes inscritos, la reserva de propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

4.57. El artículo 1585

Como se recuerda, este numeral hace de aplicación las normas de la compraventa con reserva de propiedad (artículos 1583 y 1584) a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

Para hacer de aplicación el artículo 1585 al contrato de permuta, tendríamos que imaginar un contrato de arrendamiento en el cual la merced conductiva o renta pactada no consista en el pago de una determinada cantidad de dinero, sino en la entrega de cierta cantidad de bienes. Dentro de tal orden de ideas, es que podríamos imaginar la existencia de un contrato al que se podría llamar arrendamiento-permuta o, siguiendo la tradición, alquiler- permuta. No está demás decir que esta figura no se presenta en la práctica, y que más allá de la posibilidad de su asunción en el plano teórico, no tiene relevancia alguna en la vida cotidiana.

4.58. El artículo 1586

En el presente estudio manifestamos nuestra opinión contraria a la validez del pacto de retroventa. Sin embargo, más allá de nuestro parecer al respecto, en esta parte del trabajo corresponde manifestar nuestra opinión respecto a la aplicación práctica de las normas propias del pacto de retroventa al contrato de permuta. Dentro de este

orden de ideas es que tendríamos que imaginar la eventual existencia de un pacto llamado de «retropermuta».¹²

Así, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1586 del Código Civil, entenderíamos que por la «retropermuta», uno de los permutantes (o incluso ambos) adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial.

4.59. El artículo 1587

En el supuesto en que el pacto de «retropermuta» solamente tenga como referencia a uno de los contratantes, llegaríamos a la conclusión de que sería nula la estipulación que impone al permutante que tiene derecho a la resolución del contrato, como contrapartida de la resolución de dicho contrato, la obligación de pagar al otro permutante una cantidad de dinero u otra ventaja para éste.

En el imaginario pacto de «retropermuta» también sería nulo, en cuanto al exceso, la estipulación que obligue al permutante que tenga derecho a la resolución del contrato, a devolver, en caso de resolución del mismo, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el valor adquisitivo de la prestación (bien o bienes) que recibió.

4.60. El artículo 1588

Tratando de hacer aplicable el artículo 1588 al contrato de permuta, diríamos que el plazo para ejercitar el derecho de resolución es de dos años tratándose de inmuebles, y de un año en el caso de muebles, salvo que las partes estipulen un plazo menor.

El plazo se cuenta a partir de la celebración del contrato de permuta.

En la eventualidad de que las partes convinieran un plazo mayor que los indicados anteriormente, o prorrogasen el plazo para que sea mayor de dos años o de un año, según el caso, el plazo o la prórroga se consideran reducidos al plazo legal.

Finalmente, la parte que se ve expuesta a la resolución del contrato por el otro contratante, tendrá derecho a retener el bien hasta que este último le reembolse las mejoras necesarias y útiles.

4.61. El artículo 1589

Siempre enmarcado dentro de un contrato de permuta, podríamos aplicar el contenido del artículo 1589 entendiendo que si un grupo de personas han celebrado en calidad de copermutantes un contrato de permuta, obligándose a transferir a su contraparte (otro permutante) la propiedad de un bien indiviso, habiendo pactado una cláusula de «retropermuta», o se tratara de los herederos del permutante que ha asumido su obligación de transferir la propiedad de un bien con el mismo pacto; en ambos casos, dichos contratantes no podrían usar su derecho de manera separada, sino conjuntamente.

12 Este criterio es compartido por Arias-Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1988, tomo II, p. 158).

4.62. El artículo 1590

Esta norma podría ser entendida en la eventualidad en que los copropietarios de un bien indiviso hayan permutado separadamente sus cuotas en la copropiedad, con pacto de «retropermuta». En este caso cada uno de ellos podría ejercitar, con la misma separación, el derecho de resolver el contrato por su respectiva participación.

4.63. El artículo 1591

El artículo 1591, aplicado a la permuta, podría ser interpretado en el sentido en que el pacto de «retropermuta» es oponible a terceros, cuando aparezca inscrito en el correspondiente registro.

4.64. El artículo 1592

El tema de la eventual aplicación de las normas del derecho de retracto al contrato de permuta es un punto muy discutido en doctrina. Parece criterio casi unánime¹³ que no son de aplicación al contrato de permuta las normas relativas a los derechos de preferencia, entre los cuales está el derecho de retracto, debido a una razón fundamental: el retrayente no puede ofrecer al enajenante la misma prestación que el otro permutante.¹⁴

Sin embargo, consideramos, al igual que Arias-Schreiber¹⁵ que el derecho de retracto operará sin inconvenientes si el objeto de la prestación, que debe cumplir el retrayente, consiste en bienes fungibles; vale decir, en bienes que el potencial o eventual retrayente esté en capacidad de consignar judicialmente al momento de iniciar un proceso de esta naturaleza.

Así, admitiendo esta posibilidad, podríamos decir que el derecho de retracto también es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar de uno de los permutantes y en todas las estipulaciones del contrato de permuta.

En este orden de ideas, el retrayente debe reembolsar al adquirente el bien transferido o entregado, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Debemos señalar, sin embargo, que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1592 del Código Civil, que establece la improcedencia del retracto en las ventas hechas por remate público, resultaría prácticamente inaplicable por la naturaleza misma del contrato de permuta, ya que se celebran remates públicos en la modalidad de compra-venta, mas no en la modalidad de permuta.

4.65. El artículo 1593

A través de este numeral se establece que el derecho de retracto también procede en la dación en pago. Más allá de cualquier otra consideración respecto de los alcances

13 Tal como señala Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, p. 234).

14 En opinión de DE LA ROSA DÍAZ, Pelayo. Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 159.

15 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 159.

de esta norma, lo que corresponde concluir del análisis de la misma y del conjunto de preceptos relativos al retracto, es que este derecho procede en la compraventa, en la dación en pago (artículo 1593) y en la permuta, con las salvedades del caso (por lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil).

4.66. El artículo 1594

Este numeral sería aplicable íntegramente al contrato de permuta, ya que para el caso correspondería reiterar que el derecho de retracto procede respecto de bienes muebles inscritos y de inmuebles.

4.67. El artículo 1595

En virtud de lo prescrito por el artículo 1595, podríamos decir que incluso para el caso del contrato de permuta, sería irrenunciable e intransmisible por acto entre vivos el derecho de retracto.

4.68. El artículo 1596

El artículo 1596 resulta plenamente aplicable al contrato de permuta. Dentro de tal orden de ideas, el mismo debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho.

Cuando el domicilio de esta persona no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces, con intervalo de cinco días entre cada aviso, caso, este último, en el cual el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación.

4.69. El artículo 1597

Similares consideraciones podríamos formular en torno al artículo 1597 del Código Civil. Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 sólo es oponible después de un año de inscrita la transferencia.

4.70. El artículo 1598

Este artículo plantea el supuesto en el cual estemos frente a una compraventa con precio pactado a plazos. Sin embargo, no resultaría una norma ajena al retracto en la permuta, ya que, como hemos visto, cabría la posibilidad de celebrar un contrato de permuta en el cual una de las partes se obligue a transferir a la otra periódicamente bienes o partes de un bien. En tal sentido, siguiendo el artículo 1598, cuando en un contrato de permuta una de las partes se hubiera obligado a pagar el bien o bienes a plazos, sería obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del bien o bienes que todavía tenga pendientes de cumplimiento, aunque en el contrato de permuta que da lugar al retracto ello no se hubiera convenido.

4.71. El artículo 1599

Entendiendo este numeral referido a la permuta, podríamos decir que tienen derecho de retracto: el copropietario, en la permuta a tercero de las porciones indivisas; el litigante, en caso de permuta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente; el propietario, en la permuta del usufructo y a la inversa; el propietario del suelo y el superficiario, en la permuta de sus respectivos derechos; los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor, en caso de permuta a terceros de sus respectivos predios; y, por último, el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la permuta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta reunidas no excedan de dicha unidad.

4.72. El artículo 1600

Esta norma devendría en aplicable a la permuta, entendiéndose que si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599.

Debemos anotar, sin embargo, que la diversidad de los títulos de las personas a que se hace referencia, no tendría por qué ser de la misma naturaleza. Así, podríamos tener, entremezcladas, personas que tengan derecho a retracto por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 1599, ya sea porque el bien sobre el cual tienen dicho derecho, ha sido vendido, permutado o ha sido objeto de una dación en pago.

4.73. El artículo 1601

Esta norma resultaría aplicable al contrato de permuta, entendiendo que cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones (se trate de compraventas, permutas o daciones en pago) antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el precio (en caso sea una compraventa, o valor del bien permutado, si se tratara de una permuta), tributos, gastos e intereses de la misma; quedando sin efecto las otras enajenaciones.

5. EL PROBLEMA DEL PRECIO MIXTO

5.1. Concepto

El tema del precio mixto, sin duda es uno muy discutido.

Como se señala en este trabajo, el precio, de acuerdo a un criterio mayoritario en doctrina, debe consistir –fundamentalmente– en dinero o en signos que representen al dinero, siendo el caso más común el de las monedas extranjeras. Esto significa que en tanto en una compraventa se convenga un precio en metálico (ya sea moneda nacional o extranjera) o en una mezcla de estos dos elementos, vale decir moneda nacional y moneda extranjera a la vez, no habría problema alguno para saber que nos encontramos frente a un contrato de compraventa.

El problema nace cuando el precio en moneda nacional y/o extranjera, se presenta con el agregado de un bien de distinta naturaleza de los mencionados, vale decir, por un bien que no sea ni dinero ni signo que lo represente (moneda extranjera).

En este caso, la interrogante que ha preocupado a la doctrina es si estamos ante un contrato innominado (o atípico), ante un contrato de permuta o ante un contrato de compraventa.

No ha existido ni existe criterio unánime al respecto.¹⁶

Pero tanta variedad de criterios como los encontrados en doctrina, hallamos en los diversos códigos civiles de nuestra tradición jurídica.

Debemos señalar que resulta mayoritaria la tendencia de códigos civiles que se pronuncian sobre el tema del precio mixto.¹⁷

16 En tal sentido, pueden consultarse las opiniones de POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los contratos. Del contrato de venta*. Traducido al español por M. Dupin y M.C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1948, tomo I, p. 20; AUBRY, C. y C. RAU. *Cours de Droit Civil Français*. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs-Editeurs, 1871, tomo IV, p. 336; LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français*. Paris: Librairie A. Maresq Ainé, 1875-1893, tomo XXV, pp. 604 y 605; PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Traité pratique de Droit Civil Français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927, tomo X, p. 29; JOSSEAND, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 122; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, América, 1962, parte III, vol. III, p. 138; FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo Tratado Histórico - Filosófico del Derecho Civil Español*. Madrid: Librería de Leocadio López-Editor, 1880, tomo II, p. 257; FALCÓN, Modesto. *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral*. Barcelona: Imprenta Cervantes, 1893, tomo IV, pp. 233 y 234; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, p. 234; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1980, vol. II, tomo II, p. 20; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos...* Buenos Aires: Talleres Gráficos «Ariel», 1927-1928, Biblioteca Jurídica Argentina, tomo II, p. 71; REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1967, tomo I, pp. 154 y 155; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 254 y 255; SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, vol. IV, pp. 119 y 120; y BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 163.

17 Los siguientes son los códigos civiles que regulan el tema del precio mixto: Código Civil peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Argentino de 1871 (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Código Civil Español (artículo 1446), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, segundo párrafo), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 2), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335), Código Civil Chino de 1930 (artículo 399), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 926), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853), Código Civil peruano de 1984 (artículo 1531), Código Civil paraguayano de 1987 (artículo

5.2. *Ubicación legislativa del tema*

Sin embargo, no todos los códigos que tratan acerca del particular lo hacen dentro de las normas referentes al contrato de compraventa, a pesar de que esta tendencia resulta inmensamente mayoritaria.¹⁸

No obstante, existe un reducido grupo de códigos civiles que se manifiesta sobre el particular dentro de las normas referentes al contrato de permuta.¹⁹

5.3. *Soluciones legislativas y doctrinarias adoptadas sobre el precio mixto*

Dentro de la legislación consultada hemos podido identificar, respecto de la solución al tema del precio mixto, hasta cuatro grandes tendencias, siendo dos de ellas de carácter objetivo y dos de carácter fundamentalmente subjetivo.

5.3.1. *Posiciones de carácter objetivo*

Las posiciones de carácter objetivo son aquellas que se inspiran en el Código Civil peruano de 1852 y en el Proyecto Bello, y que se atienen, fundamentalmente, a los valores que representen dentro del total del precio a pagar, la cantidad de dinero (o signo que lo represente) y el bien (distinto al dinero o al signo que lo represente). Ambas posiciones difieren en la solución que otorgan al problema.

Así, un grupo de códigos civiles²⁰ dan como solución que si la parte de igual o mayor valor es en dinero, el contrato es una compraventa; de lo contrario, será una permuta.

756), Proyecto de Código Civil colombiano (artículo 621), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 (artículo 1126).

18 Los siguientes son los códigos civiles que regulan el tema del precio mixto en el contrato de compraventa:

Código Civil peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Argentino de 1871 (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Código Civil Español (artículo 1446), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 926), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Código Civil peruano de 1984 (artículo 1531), Código Civil Paraguay de 1987 (artículo 756), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 621), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 (artículo 1126).

19 Los siguientes son los códigos civiles que regulan el tema del precio mixto en el contrato de permuta:

Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, segundo párrafo), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 2), Código Civil Chino de 1930 (artículo 399), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853).

20 Código Civil peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil de El Salvador de 1860

Un grupo menor de códigos civiles²¹ concluye en que si la parte de mayor valor es en dinero, estamos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

5.3.2. Posiciones de carácter fundamentalmente subjetivo

Son aquellas que se inspiran, básicamente, en el Código Civil Español, y que resuelven el problema de acuerdo a un orden de prioridades en el cual: primero existe un criterio de carácter subjetivo, que consiste en la intención manifiesta de los contratantes; y, en segundo lugar, un criterio objetivo, pero que rige sólo supletoriamente, vale decir, en defecto del primero, ante la imposibilidad de aplicar éste.

También cuenta con dos tendencias legislativas.

En la primera de ellas se agrupan los códigos civiles²² que consideran como solución la de que en primer lugar se debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si ésta se desconoce, si la parte de igual o mayor valor es en dinero, estaremos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

La segunda posición de carácter fundamentalmente subjetivo sólo cuenta con el Código Civil peruano de 1984 (artículo 1531), el mismo que da como solución la de que en primer lugar se debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si ésta se desconoce, si la parte de mayor valor es en dinero, estaremos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

A lo largo de su historia, el derecho peruano no ha adoptado una solución uniforme sobre el particular. El Código Civil de 1852, al igual que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto elaborado en 1926 por Manuel Augusto Olaechea, se adherían al criterio objetivo. Es de notar que ni el Proyecto de Código Civil de 1936 ni el Código que entró en vigencia dicho año, adoptaron norma alguna sobre el particular. No obstante, José León Barandiarán, principal comentarista de dicho Código, se adhería al criterio objetivo.²³

Como hemos expresado, si bien por el matiz anotado, la posición del Código Civil peruano de 1984 es un tanto solitaria, no lo es en cuanto a su concepción, la que se basa en los principios adoptados por el Derecho Español en su Código Civil.

(artículo 1598), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620).

21 Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 926), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, tercer párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853).

22 Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Español (artículo 1446), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335).

23 Véase LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965, tomo I, p. 16.

La Comisión Revisora del Código Civil peruano de 1984, en su Exposición de Motivos,²⁴ efectúa un análisis de la solución adoptada por el artículo 1531 del Código Civil, la misma que podríamos resumir de la siguiente manera:

- a) Cuando la intención de las partes consta en forma manifiesta, esta circunstancia es la que determina la figura contractual querida, al margen de la denominación que se haya dado al negocio.
- b) Cuando no conste la intención de las partes, la calificación del contrato queda sujeta a la valoración comparativa entre las prestaciones, pudiendo presentarse los siguientes casos:
 - b.1) Que el valor del bien resulte equivalente al monto de la prestación dineraria; en este caso, el contrato es de permuta.
 - b.2) Que el valor del bien sea mayor al de la prestación en dinero, en cuyo caso el contrato es también de permuta.
 - b.3) Que el valor del bien resulte menor al de la prestación en dinero, supuesto en el cual el contrato es de compraventa.

La citada Comisión Revisora concluye sus consideraciones, apoyándose en la opinión del tratadista español José Merino Hernández,²⁵ pero –paradójicamente y sin motivo aparente alguno– la Comisión Revisora, en el caso extremo de que el dinero sea del mismo monto que el bien, opta por considerar al contrato como de permuta y no una compraventa, como lo hace el Código Civil Español y cuya solución apoya el propio Merino Hernández.

5.4. Nuestra posición

Por nuestra parte, luego de haber expuesto las diversas posiciones existentes en doctrina sobre el particular, en primer término, debemos manifestar que, a nuestro entender, el tema es más sencillo de como se lo plantea la generalidad de la doctrina. Creemos que la solución al mismo debe ser fácil y clara, evitando mayores complicaciones. La función de la doctrina y la legislación es la de esclarecer los problemas jurídicos, no de complicarlos.

En segundo lugar, como hemos advertido en páginas anteriores, existen dos y sólo dos tendencias marcadas en la legislación y doctrina. Una objetiva, con dos soluciones que difieren en lo accesorio, mas no en lo fundamental, y una básicamente subjetiva, con una tendencia mayoritaria.

Sin lugar a dudas, los planteamientos esbozados por los seguidores de ambas corrientes de pensamiento revisten la mayor solidez, a la vez que despiertan el mayor interés en el lector, ya que en su concepción son diametralmente opuestas.

24 COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. «Contrato de Permuta». En diario oficial *El Peruano*. Separata Especial, Lima, lunes 27 de noviembre de 1989, pp. 4 y 5.

25 MERINO HERNÁNDEZ, José. *El contrato de permuta*. Madrid: Editorial Tecnos, 1978, p. 40.

Veamos por qué.

El primero, el criterio objetivo, se basa en el valor de cada uno de los elementos del precio mixto para decidir si estamos frente a un contrato de permuta o frente a un contrato de compraventa. El esquema y razonamiento de este criterio es muy sencillo, y podríamos graficarlo de la siguiente manera:

- a) Si el dinero convenido vale más que el bien, el contrato será de compraventa.
- b) Si el dinero pactado vale menos que el bien, el contrato será de permuta.
- c) Si el dinero que se ha acordado entregar vale igual que el bien, para unos el contrato deberá considerarse compraventa y para otros, deberá considerarse permuta.

Así de conciso es este planteamiento.

El segundo criterio, el fundamentalmente subjetivo, en cambio, no parte de elementos fácilmente advertibles, sino que remite la naturaleza del contrato a la intención que las partes contratantes (comprador y vendedor) manifiesten en el acto mismo que hayan celebrado. Este será el primer criterio de calificación para la corriente subjetiva.

Recién, de no haber manifestado las partes claramente su intención de calificar al contrato celebrado como de compraventa o de permuta, empezarán a regir criterios objetivos, que en la mayoría de casos analizados encierran los mismos conceptos que los esgrimidos por la corriente objetiva. Es decir que el criterio fundamentalmente subjetivo es subsidiariamente objetivo.

El Código Civil peruano hace una distinción entre la «intención manifiesta de los contratantes» y «la denominación que se le dé al contrato».

En esta parte debemos advertir un primer punto de discusión: el de si la intención manifiesta de las partes debe o no equipararse a la denominación que ellas otorguen al contrato.

La voluntad de las partes no hay que entenderla como absoluta, en el sentido de ser capaz de hacer que un intercambio de propiedad de bien por bien sea una compraventa.²⁶

Pero debemos preguntarnos si resultan equiparables las expresiones «intención manifiesta» y «denominación que se le dé».

Consideramos que no necesariamente, pero creemos que la denominación que las partes otorguen al contrato será fundamental para saber su intención al respecto, a la vez que representará un elemento definitivo para dicho efecto, de no encontrarse otros que distingan esa presunción. En este sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina española.²⁷

26 Así opina Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 20).

27 Así tenemos las opiniones representativas de Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, pp. 234 y 235) y Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 20).

No estamos convencidos de que la distinción que hace el Código Civil peruano en su artículo 1531, sea realmente valedera y útil, ya que «la intención manifiesta de los contratantes» se verificará, por lo general, en una denominación que las mismas den al contrato celebrado. De no encontrarse manifestada en una denominación respecto del contrato, será muy difícil saber cuál ha sido la «intención manifiesta de los contratantes», ya que es justamente el carácter dudoso del punto el que nos hará revisar el contrato en su integridad.

Sin lugar a dudas, nos inclinamos por el primero de los criterios anotados, vale decir, por el objetivo, ya que el mismo reviste una serie de ventajas sobre el de carácter fundamentalmente subjetivo.²⁸

Consideramos a dichas ventajas las siguientes:

- a) Facilidad para la determinación de la naturaleza del contrato, ya que bastará simplemente con verificar de manera objetiva los valores del dinero y del bien dado como suplemento de éste (o viceversa).
- b) La corriente objetiva está de acuerdo a la naturaleza de los actos jurídicos y de las cosas.

Decimos reiteradas veces a lo largo del tratamiento que dimos al requisito del precio consistente en que sea pagado en dinero o signo que lo represente, que es precisamente este elemento el que marca la distinción esencial entre el contrato de compraventa (en el que el precio debe pagarse en dinero, fundamentalmente) y el contrato de permuta, en el que ambas partes se obligan a transferir la propiedad de bienes.

De manera concisa, podríamos decir, que esta división nos trae el siguiente esquema:

- a) Cuando se obliguen las partes a transferir dinero por la propiedad de un bien, estaremos frente a un contrato de compraventa.
- b) Cuando se obliguen las partes a transferir la propiedad de un bien por la propiedad de otro bien, estaremos ante un contrato de permuta.

28 Sin embargo, no dejamos de reconocer la importancia que tienen las apreciaciones de quienes sostienen el criterio opuesto. En tal sentido, por ejemplo, Manuel de la Puente y Lavalle nos manifestó en una conversación personal ser opuesto a los criterios fundamentalmente objetivos, al estimar que no siempre la parte del precio conformada por aquello que tenga un mayor valor habrá sido el factor determinante para la celebración del contrato.

En aquella ocasión De la Puente citó el ejemplo de un anticuario que transfiera a un particular, en virtud de un contrato, la propiedad de un objeto que valga mil nuevos soles y que el particular pague el precio entregándole cien nuevos soles, conjuntamente con otro bien cuyo valor asciende a novecientos nuevos soles, el mismo que –precisamente– interesa muchísimo adquirir al anticuario.

Expresa De la Puente que casos como el descrito son concordantes con lo dispuesto por el artículo 1531 del Código Civil cuando hace referencia a «la intención manifiesta» de los contratantes.

Finalmente, De la Puente piensa que el numeral 1531 podría estar ubicado –sin mayor problema– dentro de las normas referidas al precio en el contrato de compraventa (Capítulo Tercero del respectivo Título).

Es claro que de estar frente a supuestos en los que no exista precio mixto, no habrá ninguna duda en la calificación del contrato. En el primer caso estaremos ante una compraventa y en el segundo frente a una permuta.

En este punto, quisiéramos hacernos una pregunta:

¿Qué ocurriría si las partes, habiendo celebrado un contrato por el cual una de ellas se obliga a entregar una determinada cantidad de dinero y la otra se ha obligado a transferir la propiedad de un determinado bien (vale decir, habiendo celebrado un contrato de compraventa), denominan expresamente a dicho contrato como uno de permuta?

¿Es que acaso dicho contrato será una permuta por la intención y/o denominación que las partes contratantes han tenido o le han dado al momento de la celebración del acto?

¿O acaso el contrato será de compraventa, porque así lo determina la naturaleza del acto celebrado?

Estimamos que una respuesta lógica y unánime se inclinaría por considerar que en el ejemplo antes mencionado, no cabría la menor duda en concluir que se trata a todas luces de un contrato de compraventa, a pesar de que las partes hayan querido celebrar una permuta, y la hayan denominado de manera distinta. Las respuestas señalarían que no podría estarse en este caso a la intención de las partes contratantes, ya que no existe precio mixto, supuesto fundamental para entrar al análisis de la intención de las partes contratantes, y que, como no se trata de un precio mixto, se estará simplemente a la naturaleza del acto, independientemente de la voluntad manifiesta de las partes.

Estamos de acuerdo con la respuesta anotada. Ella sería también dada por nosotros, pero con la salvedad de que la haríamos extensiva al tema del precio mixto.

Si bien es claro, que cuando no hay precio mixto en el contrato celebrado, éste, o es compraventa, o es permuta, consideramos que también debiera serlo en el tema del precio mixto.

Deberían establecerse casi siempre criterios objetivos y no subjetivos para la determinación de la naturaleza del acto celebrado, ya que, evidentemente, si el dinero vale más que el bien entregado como suplemento, el contrato se parecerá más a una compraventa que a una permuta, y en caso contrario, si el bien entregado valiese más que el dinero, el contrato se parecerá más a una permuta que a una compraventa.

En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión que al respecto brinda Troplong.²⁹

Consideramos que estos planteamientos son los correctos, y que, por las razones anotadas, el criterio preponderantemente subjetivo es errado.

29 TROPLONG, C. *Droit Civil Expliqué. De la vente*. París: Charles Hingray, 1856, tomo I, pp. 14 y 15, cuya cita textual figura traducida en nuestra obra *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, pp. 94 y 95.

Sin embargo, reconocemos que el criterio subjetivo podría revestir validez, exclusivamente en el caso en que el valor del dinero y del bien sean equivalentes; ya que en este supuesto el contrato no se asemejará más a uno de compraventa ni tampoco a uno de permuta, a ambos se asemejará por igual; razón por la cual, podría admitirse en este supuesto, que las partes decidan libremente qué contrato es el que han querido celebrar, pues se está ante la carencia de elementos objetivos necesarios para decidir. Aquí, y sólo cuando el valor del dinero sea equivalente al del bien dado en suplemento (y viceversa), se estará a la intención de los contratantes, la que, independientemente de otros elementos de juicio, se verificará, por lo general, en la denominación que éstos den al contrato celebrado.

Evidentemente, si las partes hubiesen guardado silencio sobre el particular o, no habiéndolo guardado, existiese disconformidad entre ellas, consideramos que debería entenderse que han celebrado un contrato de compraventa, en base a las razones sostenidas por Troplong.

RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS POR MALA PRAXIS

*Pascual E. Alferillo**

Sumario: 1. La profesión de abogado.– 2. Naturaleza jurídica de la prestación profesional.– 3. Efectos procesales de la distinción: la carga de la prueba.– 4. La regulación del Código Civil y Comercial.– 5. Los nuevos criterios interpretativos del tema.– 6. La responsabilidad de los abogados en el Perú.

1. LA PROFESIÓN DE ABOGADO

La selección del punto de partida para iniciar el desarrollo de una investigación direccionada a estudiar la responsabilidad de los abogados emergente del daño que pudieren ocasionar en el ejercicio de su profesión, sin lugar a hesitación, está inspirada en la idea y, por sobre todas las razones, en el sentir que se experimente de la abogacía.

* Abogado y notario de Córdoba, Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Autor de diversas obras de derecho civil. Fiscal de Estado Adjunto de la Provincia de San Juan. Nombrado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de San Juan en enero de 1992 con Acuerdo de la Cámara de Diputados. Subsecretario de Trabajo nombrado por el Poder Ejecutivo de la Prov. de San Juan, el 2 de enero de 1995, mediante Decreto n.º 002 hasta el 31 de enero de 1996. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, concedido por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 24 de junio de 2003; asumió el 9 septiembre 2003. Premio Revista Notarial - Autores Noveles - 1.977 (Diploma y Medalla de Oro), otorgado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, el 13 de noviembre de 1979 por el trabajo «La mora del acreedor y el curso de los intereses». Director del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2010/2012, continúa hasta 2018. Socio fundador de E-Justicia Latinoamérica. Ver: <https://ejusticialatinoamerica.wordpress.com/integrantes>. Miembro Comisión Directiva de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, con sede en Colombia. Ver: <http://www.aiddp.org/asociacion/directivos>. Actualmente, es juez de Cámara en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Argentina.

Por ello, con romanticismo clásico, viene con buen propósito recordar que la abogacía, para los romanos, estaba conceptualizada a la altura de las dignidades sacerdotales. Ello permitió asegurar que:

[...] los abogados que aclaran los hechos ambiguos de las causas y que, por los esfuerzos de su defensa en asuntos frecuentemente públicos y en los privados, levantan las causas caídas y reparan las quebrantadas, son provechosos al género humano no menos que, si en batallas y recibiendo heridas, salvasen á su patria y á sus ascendientes. Pues no creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados; porque militan los patronos de causas, que, confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren.¹

Este sentido épico de la profesión de abogado no se ha perdido en el tiempo y se puede ver cómo CALAMANDREI dedica una de sus obras cumbre «a la memoria de los abogados y de los estudiantes italianos de leyes muertos en la guerra por servir al derecho».²

Con la evolución del tiempo y las vicisitudes vividas por la profesión, junto al desarrollo y consolidación del Estado moderno, se recuerda³ el origen latino de la palabra *advocatus* y se lo define como «licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico». De igual modo, se hace referencia en la segunda acepción al «intercesor o mediador» y, en la tercera, a la «persona habladora, enredadora, parlanchina», trayendo a colación la extraordinaria capacidad de oratoria de quien se recuerda como el primer abogado, Demóstenes.⁴

Pero, sin embargo, algunos autores –observando la tarea desde el mundo práctico– han entendido que «[...] la abogacía no es una consagración académica, sino una

1 Código, Libro II, Título VII, n° XIV, citado por ANTOKOLETZ, Daniel. «Algunas reflexiones sobre la profesión de abogado (apuntes de legislación comparada)». *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA*. Tomo cuarto, 1914, pp. 427-428. «Advocali, qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si praeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos; militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem vitam et posteros defendunt».

2 CALAMANDREI, Piero. *Demasiados abogados*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, traducción de José R. Xirau, p. 15.

3 Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=07TG2dg>>.

4 Desmóstenes (Atenas, 384 a. C. - Calauria, actual Grecia, 322 a. C.). Político y orador ateniense considerado el mejor orador de la antigua Grecia. Proveniente de una familia de empresarios ricos, perdió a su padre a los siete años y sus tutores Áfobo, Demofonte y Terípides abusaron de su patrimonio, por lo que, al acercarse a la mayoría de edad, hubo emprender largos procesos judiciales para conservar algo de su fortuna. Disponible en <<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/d/demostenes.htm>>.

concreción profesional. Nuestro título universitario no es de “abogado”, sino de licenciado en derecho, que autoriza para ejercer la profesión de abogado. Basta, pues, leerle para saber que quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los tribunales, será todo lo licenciado que quiera, pero abogado, no».⁵

Como se colige, se pretende separar el saber jurídico del accionar profesional, como si la teoría y la praxis fueran estancos separados en el ser profesional del abogado. En este sentido, la profesión del abogado está signada por la litis, por el pleito, por el enfrentamiento de intereses y la principal «arma» para el enfrentamiento era el saber jurídico. La profesión de abogado es una actividad eminentemente técnica, razón por la cual la práctica y el conocimiento científico son dos facetas inseparables del ser abogado, como las caras de una moneda.

Esta idea fue magníficamente expuesta por CUETO RÚA cuando describe a un buen abogado litigante al decir que:

[...] es una suerte de guerrero comprometido en una lucha. Ejercer su profesión significa enfrentar un adversario. Tiene frente a sí al abogado litigante seleccionado por la contraparte. El proceso litigioso coloca a dos intelectos entrenados en el arte de la solución de conflictos, en posiciones contrapuestas. El talento, la inteligencia, el conocimiento y la experiencia de un abogado serán aplicados en la conquista del objetivo: lograr una sentencia favorable a los intereses de su cliente.

No se trata de una lucha teórica, de dos tesis científicas divergentes o distintas. No se está en el seno de una academia para examinar intelectualmente el fundamento científico de ciertos juicios o proposiciones. Se está ante un órgano de la comunidad, un juez del Estado, a quien se ha atribuido la potestad de dirimir un conflicto y de imponer coercitivamente el cumplimiento de lo resuelto por el tribunal. Cada uno de los abogados litigantes debe persuadir, debe convencer al juez interviniente en primera instancia y a los que intervendrán después, si la sentencia del juzgado es apelada.

El autor concluye su investigación pensando que «el solo conocimiento del derecho no hace a un abogado un buen abogado litigante».⁶ Por ello se sostiene que:

[...] la justicia no podría funcionar si no existiesen los profesionales del derecho; puesto que las dificultades de juzgar resultarían enormemente acrecentadas, hasta constituir obstáculos en la práctica insuperable si el juez, suprimidos los abogados y procuradores, viniera a quedar en contacto directo con la impericia jurídica y con la mala fe de las partes litigantes. La intervención de los abogados sirve cabalmente para librar al juez de una lucha contra la ignorancia y contra la mala fe, que le quitaría toda la serenidad y toda la

5 OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El alma de la toga*. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2004, p. 2.

6 CUETO RÚA, Julio. «El buen abogado litigante». *La Ley*, 1988-C, p. 712.

agilidad de juicio: puesto que la presencia del defensor, que representa o asiste a la parte, es garantía de ciencia y probidad.⁷

Este concepto fue expuesto por la Corte Suprema de la Nación cuando dijo que «el ejercicio profesional de la abogacía constituye un servicio necesario e indispensable para la realización en plenitud de la justicia. Nuestro ordenamiento legal así lo ha entendido y reconocido explícitamente al exigir para los abogados trato similar al de los magistrados (art. 58, Cód. Procesal)».⁸

Es decir que «el abogado no es simplemente un profesional habilitado por su diploma universitario para exponer el derecho, enseñarlo y hacerlo valer en las causas de justicia, sino que es, además, un auxiliar de justicia a quien las leyes que organizan la justicia pueden –conforme al enunciado del Preámbulo y al artículo 5, Const. nacional– exigir cierta organización y disciplina que garantice el ejercicio responsable y ético de la profesión legal jurídica».⁹

La aspiración de deseo o la idealización de un prototipo de profesional esbozada por los autores transcritos en muchas oportunidades queda lejos en la práctica diaria de la abogacía, al punto que en más de una ocasión la conducta del abogado produce daños a los intereses de sus clientes que genera la obligación de resarcir los mismos.

Esta anormalidad en el buen accionar profesional del letrado en ciencias jurídicas ha generado un importante número de pronunciamientos judiciales y estudios de doctrina, en los cuales se procura dar respuestas a las problemáticas que presenta la mala praxis de los abogados, desde la configuración de los presupuestos de responsabilidad hasta el alcance del deber de resarcir.

En ese contexto es dable resaltar que el debate central dado en la doctrina de los autores argentinos se focaliza en la naturaleza jurídica de la obligación profesional asumida por el abogado frente a su cliente. Por ello, ese punto será objeto de un análisis pormenorizado atendiendo las consecuencias prácticas que se derivan de la posición doctrinaria en la cual se posiciona al juez como intérprete final de las normas en la solución de las litis.

Finalmente, con el mayor de los respetos, y a modo de tributo a la abogacía del Perú, se examinará brevemente el tratamiento dado a la problemática en este noble país.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN PROFESIONAL

La naturaleza jurídica de la asistencia profesional, en general, y la de los abogados, en particular, ha dividido la opinión de los autores y de la doctrina judicial, entre

7 CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 25.

8 CSJN, 4/10/94, Andrada, Pablo S. c/Constructora Marte SA, 4/10/94, LL, 1995-A-309, DJ, 1995-1-569, (disidencia de los doctores Fayt, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano).

9 CSJN, 1/6/00, BCRA c/Colegio Público de Abogados, LL, 2000-E-189, voto de los doctores Fayt y López.

quienes sostienen que se trata de obligaciones de medio y no de resultado, frente a los que entienden superada esa dicotomía por cuanto no se reconocen diferencias ontológicas entre las mismas.¹⁰

Como se percibe, el debate pone en la mesa de discusión el concepto y naturaleza de las obligaciones en general y, en función de la posición que se adopte, define algunos temas secundarios que son su consecuencia, como es, por ejemplo, la carga probatoria que tienen a su cargo las partes intervinientes en los litigios donde se reclaman los daños padecidos por los clientes derivados de una mala praxis profesional.

2.1. *El pensamiento de los mentores de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado*

En la doctrina autoral existe consenso, aun admitiendo la preexistencia de otros antecedentes, en atribuir la paternidad y, de suyo, la consolidación doctrinal de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado al jurisconsulto francés DEMOGUE.

Autores de la talla de TRIGO REPESAS, LÓPEZ MESA, PIZARRO y VALLESPINOS, entre otros, recuerdan que esta distinción se elaboró en el marco de disputa entre quienes propiciaban la unidad conceptual y los diferenciadores del régimen de la culpa entre contractual y extracontractual que tenía el propósito directo de definir, en cada categoría, la carga probatoria que le correspondía a las partes frente a un conflicto de interés entre ellas. En las de medios, el acreedor debía acreditar la culpa del deudor para obtener el resarcimiento; en cambio, en las obligaciones de resultado, la circunstancia objetiva de la no obtención de éste transforma al deudor en responsable.¹¹

La evolución de la figura marca una segunda etapa, caracterizada por el pensamiento de MAZEAUD, quien encuentra en las obligaciones de resultado o «determinadas», una presunción de culpa, dado que la métrica para ponderar la diferencia entre una y otra categoría es la aleatoriedad del resultado. En las obligaciones determinadas (de resultado), el azar se encuentra en mínima expresión; en cambio, en las de prudencia y diligencia (de medios) es constitutivo, no dependiendo su incidencia de la actuación diligente del deudor. Por lo tanto, señalan los autores «la distinción se basa en el objeto de la obligación, y no en su grado, como se imagina a veces. El grado de

10 ALFERILLO, Pascual. «La carga probatoria de la responsabilidad profesional de los abogados». *La Ley Gran Cuyo – Voces Jurídicas* n.º 5, año 14, 2009, p. 447; ALFERILLO, Pascual. «La carga probatoria en la mala praxis médica». *La Ley* 11/03/2013, p. 3, *La Ley* 2013-B, p. 123, AR/DOC/853/2013.

11 TRIGO REPESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 737; PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 579 y ss.; TRIGO REPESAS, Félix. «Falta de legitimación “ad causam” del actor y responsabilidad civil de su abogado». *La Ley*, 2007-B, p. 570.

diligencia requerida del deudor puede ser, además, más o menos elevado, como en las obligaciones determinadas, según las circunstancias y la convención de las partes».¹²

En la doctrina argentina se reconoce en Bueres al autor que marcó los perfiles conceptuales de la distinción al expresar que ella era aplicable tanto a las obligaciones del ámbito contractual como al extracontractual. Así quedó asentado desde un señero fallo como juez de la instancia inicial, en el cual dijo que «en las obligaciones de medio el acreedor es quien debe demostrar la culpa del deudor, a diferencia de lo que acontece en los deberes de resultado en que el primero sólo está compelido a probar la falta de obtención del objeto perseguido (“resultado”), esto es, el incumplimiento “material” u “objetivo” de la prestación, pues con ello basta para que la culpa quede fuera de cuestión, se “descarte” (algunos autores hablan en estos casos de “presunción” de imputabilidad, posibilidad de rechazo)».¹³

Por su parte, PICASSO —siguiendo los lineamientos de los defensores de esta postura— expone que «[E]n las obligaciones de medio, el deudor se compromete simplemente a desarrollar un determinado plan prestacional, y si bien el mismo está dirigido a satisfacer un interés del acreedor, éste último no es, sin embargo, afianzado por el obligado. En esta clase de deberes, entonces, el interés del acreedor se encuentra *in obligatione*, pero no está, en cambio, *in solutione*: es un interés aleatorio o contingente, y el deudor paga (cumple) desplegando simplemente la conducta comprometida». En cambio, «[...] en las obligaciones de resultado el deudor afianza o garantiza el resultado, y si bien esto no significa que el obligado no deba desplegar también una conducta diligente tendiente a alcanzar el mismo, lo cierto es que con ello no basta, y sólo puede considerarse que ha cumplido cuando el resultado pretendido se alcanza efectivamente. De allí que, a diferencia de lo que sucede en los deberes de medio, en los de fines el interés del acreedor se encuentra tanto *in obligatione* como *in solutione*».¹⁴

En los tribunales nacionales, en general, se razona que «[L]a demanda por daños entablada por un cliente en contra de sus letrados intervinientes en un proceso en el que se decretó la negligencia de la prueba y cuyo beneficio de litigar sin gastos caducó debe desestimarse, si no demostró la existencia de grueso error de consejo o estrategia,

12 MAZEAUD, Henri. “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1936, p. 1 y ss., MAZEAUD Henri y Leon y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Prefacio de Henri Capitant, Tº Primero Volumen I, Traducción de la quinta edición Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 129-131.

13 CNCiv, Sala E, 25/11/80, LL, 1981-D-141, del fallo de primera instancia, confirmado por la Cámara, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix. «Responsabilidad civil de médico y establecimientos asistenciales». En TRIGO REPRESAS, Félix. *Derecho de daños*. Vol. I. Buenos Aires: La Rocca, 1991-1993.

14 PICASSO, Sebastián. «La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios». *La Ley*, 2000-C, p. 91; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de obligaciones*. Tomo 1. Buenos Aires: Ediciones Zavalia, 2004, p. 334 y ss. La opinión del juriconsulto cordobés en ese libro se puede definir como conciliadora cuando se adhiere a la calificación, pero con un sesgo flexible y relativo y no rígido y absoluto.

pues el abogado no compromete una obligación de resultado, sino de medios, de modo que su responsabilidad no queda comprometida por la pérdida del pleito».¹⁵

En la misma dirección se expresó que «[E]l hecho de que el abogado acepte iniciar un juicio y encause jurídicamente el reclamo no impide que en la defensa de la responsabilidad que se le imputa por la caducidad de ese proceso invoque y acredite las escasas posibilidades de éxito que tenía la acción, pues no obstante la obligación de resultado a que está obligado respecto de los actos procesales de su específica incumbencia, en general, la obligación que asume es de medios con relación a la resolución del pleito, que en ningún caso puede garantizar».¹⁶

La doctrina judicial de las provincias, al tratar la responsabilidad civil de los abogados en el ejercicio de la profesión, sostuvo que:

[...] la función del abogado es la de conducir el pleito bajo su dirección intelectual, pero su obligación no es de resultado, sino de medio, dado que únicamente debe poner de su parte todos los conocimientos, diligencias y prudencia con el fin de obtener un resultado favorable a los intereses de su cliente, pero sin garantizar el éxito de su gestión.

Para acreditar el incumplimiento de estos supuestos no bastará con probar la no obtención del resultado apetecido, sino que deberá demostrarse que ello sucedió por culpa del profesional, quien no se condujo con la diligencia adecuada, es decir que actuó con negligencia, imprudencia o desidia.¹⁷

En el mismo tenor se dijo que «[...] la obligación del abogado en la defensa de su cliente es una obligación de medios y no de resultado. El profesional no asegura a su patrocinado el éxito en el proceso, sino sencillamente a emplear por su parte los recursos conducentes a ese triunfo, vale decir, a desplegar una actividad que por lo regular lleva el objetivo que apetece el acreedor».¹⁸

15 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, S., S. M. c. A., J. C. y otros, 16/10/2012, DJ 24/04/2013, 86, AR/JUR/68373/2012.

16 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, R., N. c. M. P., J. A. y otro, 08/02/2010, JA 2010-II, 3, AR/JUR/1437/2010. En un pensamiento similar: CNCiv, Sala K, 24/9/04, LL, 2004-F-272. En este fallo se aseveró que «las obligaciones contraídas por los profesionales del derecho frente a sus clientes son de medio, en el sentido [de] que no pueden garantizar un resultado cierto pero sí estar plenamente obligados a emplear toda su experiencia, sus conocimientos y su actividad en la defensa de los intereses que les fueron confiados bajo riesgo de incurrir en culpa, dolo o negligencia profesional, con las consiguientes responsabilidades que puedan aparecer en lo que hace al daño causado».

17 CJ San Juan, 29/5/87, Flores, Carlos R. c/FATRE s/ordinario. Inconstitucionalidad, expte. 2399 (voto del doctor Bruni). El mismo criterio fue expuesto en CCivCom y Minería San Juan, Sala III, 5/7/00, Raed Amín c/M. J. L. s/daños y perjuicios. Sumario, autos 20714 (5344). LS, 2000-II- 296, voto del doctor Moya.

18 CCivCom y Minería San Juan, Sala I, 31/8/93, Allende, vda. de Galvani, M. B. c/A. L. A., y otro s/daños y perjuicios. Sumario, autos 7056-13.264, LS, 64-80, con cita de CNCiv, Sala E, 22/10/76, ED, 72-668. En el mismo sentido: CCivCom y Minería San Juan, Sala III, 26/8/96, Velásquez de López, Beatriz c/M. A. G. y otro s/daños y

Por su parte, en otra jurisdicción se exteriorizó que «[L]a demanda de daños deducida contra un abogado, en virtud de haberse decretado la caducidad de la instancia del juicio en el que actuaba como apoderado y encontrarse prescripta la acción es procedente, pues si bien el profesional asume una obligación de medios en cuanto al resultado final del pleito, también asume una obligación de resultado en el cumplimiento de los distintos actos procesales hasta llegar a la sentencia –concurrir a las audiencias, ofrecer las pruebas y deducir en término los recursos que su cliente estime conveniente, etc.– los que en el caso se incumplieron en tanto se presentaron sólo cuatro escritos en seis años, lo cual refleja una total negligencia, imprudencia, desidia e impericia en el accionar del profesional demandado».¹⁹

De igual modo, se consideró que:

[...] el contrato que celebran cliente y abogado para la defensa de los derechos del primero con motivo del ejercicio profesional, debe enmarcarse en lo que se denomina «contrato atípico», donde el profesional no asegura el éxito del proceso, sino el empleo de los recursos conducentes al mismo, constituyéndose en una obligación de medios y no de resultado. Conforme lo ha señalado la Suprema Corte provincial, a dicha relación jurídica, se le aplican los principios generales, esto es, el régimen establecido para la locación de servicios o de la locación de obra (arts. 511, 512 y 1623 del Cód. Civil –hoy contrato de obra o de servicios regulado en los arts. 1251 a 1729 del Código Civil y Comercial de la Nación [C.C.C.N.]–), dependiendo de las circunstancias de cada caso (sin perjuicio de que generalmente se trate de una «locación de servicios», hoy contrato de servicios). De allí entonces que, en principio, cabe calificar a la prestación debida como obligación de medios puesto que el resultado obedece a un alea al que el letrado no puede comprometerse, sin perjuicio de poner al alcance de su defendido todos los medios eficaces para la concreción del fin propuesto.²⁰

perjuicios. Sumario, autos 5493, LS, 1996-II-318. En este fallo se expresó que «[L]a obligación del abogado en la defensa de su cliente es una obligación de medios y no de resultado. El profesional no asegura a su patrocinado el éxito en el proceso, sino sencillamente ha de emplear de su parte los recursos conducentes a ese triunfo, vale decir, a desplegar una actividad que por lo regular lleva al objetivo que apetece el acreedor. Hay infracción al deber que le impone la representación de su cliente cuando el abogado no cumple los actos procesales apropiados, por ejemplo, si deja de comparecer a una audiencia o deja vencer un término. Pero si las posibilidades de éxito en el juicio en que se declaró la perención de la instancia eran muy remotas no corresponde acordarle a la actora ninguna indemnización, toda vez que en última instancia el daño que el comportamiento de su abogado le ha ocasionado, sería un daño puramente eventual o hipotético».

19 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala I, Mamani, Juana Paula y otros c. Ripoll, Jorge Adrian s/ ordinario por daños y perjuicios, 27/02/2015, LLNOA 2015 (julio), 676, AR/JUR/4989/2015.

20 CC0201 LP 116244 RSD 03/16 S 02/02/2016, Sforza Juan Miguel c/ Campoamor Felipe S/ Daños y Perj. Resp. Profesional (Excluido Estado), JUBA Civil y Comercial B258138.

También se especificó que «[L]a obligación de los abogados debe ser conceptualizada como de medios, a excepción de determinados supuestos donde el profesional actúa como un locador de obra intelectual. En la mayoría de los casos, el abogado sólo promete atender al cliente con prudencia y cuidado y poner su ciencia y diligencia. Aunque no esté comprometido a obtener un resultado determinado en un pleito, sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la pretensión del cliente. Se advierte en este tema una evolución hacia considerar la obligación siempre de medios, pero de medios adecuados que deben ser aplicados de conformidad con las reglas técnicas y éticas».²¹

Sin perjuicio de los sumarios transcritos precedentemente, se observa que la calificación como obligación de medio es mayoritaria cuando el abogado actúa como patrocinante de su cliente.

Al respecto se asevera que «[L]a responsabilidad del letrado patrocinante –defensor y asesor legal– es de medios, ya que únicamente deben poner de su parte todos sus conocimientos, diligencias y prudencia, a fin de obtener un fallo favorable, sin poder garantizar el éxito del pleito».²²

Por ello se considera que «[C]uando el abogado actúa como letrado patrocinante, su obligación es de medios y no de resultado (cosa que sí ocurriría en caso de actuar como apoderado). Por lo tanto, su deber estriba en poner de su parte todos los conocimientos, diligencias y prudencia, en los términos el artículo 902 del Cód. Civil, con el fin de obtener un fallo, pero sin garantizar el éxito del pleito. Por lo tanto, para generar

21 C4ªCivCom, Minas, Paz y Trib Mendoza, 16/9/08, LLGC, 2009 - 447. En igual sentido: CFCiv, 2ª circunscripción Mendoza, 5/5/08, Pardo Raimundo c/Carlos Fernández. Ordinario, expte. 22181, LS044-235. En este fallo se ponderó que «[L]a obligación que los abogados suelen asumir es de “medios”, dado que no se pueden comprometer a ganar un juicio o litigio, sino únicamente a poner de su parte todos los conocimientos y habilidades. Mas, ello no descarta, que al asumir el abogado el papel de apoderado, se encuentra obligado a una prestación de “resultado” con relación a los actos procesales de su incumbencia, que, en general, tienden a activar el procedimiento en la forma prescripta por la ley; en caso de omisión no es necesario probar su culpa, bastando con la objetiva frustración del resultado expresado».

22 CNCivCom, Trab y Fam CdelEje, 27/3/98, LL, 1999-D-793, y LLC, 1999-426, del voto del doctor Seco. CNCiv, Sala E, 20/9/10, K., L. J. c/S., V. A., LLonline, AR/JUR/ 60033/2010; id., Sala G, 15/6/07, DJ, 2007-III-1202. El tribunal precisó que «habida cuenta de que el abogado patrocinante posee una obligación de medios, que exige poner de su parte todo su conocimiento, diligencia y prudencia, para generar su responsabilidad civil con su actuación, además del resultado adverso, debe demostrarse que ello sucedió por culpa, negligencia, impericia o desidia» CNCiv, Sala C, 5/12/00, LL, 2001-D-139. En este fallo se dijo: «La obligación del letrado patrocinante que debe realizar actos procesales para los cuales cuenta con plazos breves y necesita la firma del cliente no debe necesariamente encuadrarse como de resultado –en el caso, se frustró la interposición de una apelación ante la tardía concurrencia del cliente a firmar el escrito–, pues depende del hecho del otro contratante».

la responsabilidad del profesional, además del resultado adverso, debe demostrarse que ello sucedió por su culpa, negligencia, imprudencia o desidia».²³

En este último sumario se deja abierta una clasificación bipartita precisando que si la actuación profesional es como patrocinante, la obligación es de medio; en cambio, cuando se trabaja como apoderado, ella sería de resultado.

Otro tanto ocurre cuando, por un lado, se extiende la calificación como de medio al actuar en general de los abogados, pero se tipifica como de resultado el cumplimiento de sus deberes procesales en juicio.

En ese tenor se dijo que «El hecho de que el abogado acepte iniciar un juicio y encauce jurídicamente el reclamo, no impide que en la defensa de la responsabilidad que se le imputa por la caducidad de ese proceso, invoque y acredite las escasas posibilidades de éxito que tenía la acción, pues no obstante la obligación de resultado a que está obligado respecto de los actos procesales de su específica incumbencia, en general, la obligación que asume es de medios con relación a la resolución del pleito, que en ningún caso puede garantizar».²⁴

Esta última doctrina judicial marca que se ha quebrado el criterio, otrora unánime, respecto de entender que el accionar profesional de los abogados era de medio y no de resultado.

2.2. *El pensamiento de los autores negadores de la diferencia*

Entre los principales jurisconsultos de nuestro país que no aceptan la distinción tal cual fue concebida por DEMOGUE, podemos citar las meditaciones de WAYAR, ZANNONI, ALTERINI, LÓPEZ CABANA, AMEAL, BELLUSCIO, BORDA, BOFFI BOGGERO y ALFERILLO, para quienes, básicamente, no existen diferencias ontológicas por cuanto la distinción entre obligaciones «de medios» y «de resultado» es sólo aparente. Entre una y otra categoría no hay ninguna diferencia de esencia o de naturaleza. En aquéllas que la tradición llama «de medios» es siempre posible hallar un resultado; esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay «medios» y se persiguen «resultado».²⁵

En esta dirección, Zannoni marca que «[L]a distinción entre obligaciones de medios y de resultado se origina en la identificación; o subsunción; entre objeto de la obligación y prestación o conducta debida. La mayoría considera que la prestación constituye el objeto de la obligación. Sin embargo, no es así. El objeto de la obligación es el bien o la utilidad que interesan al acreedor; la prestación es la conducta debida por

23 CNCiv, Sala H, 13/3/96, LL, 1997-F-938.

24 CNCiv, Sala A, 8/2/10, R., N. c/M. P., J. A. y otro, LOnline, AR/ JUR/1437/2010.

25 ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Curso de obligaciones*. tomo I. 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 46 y ss.; BORDA, Guillermo. «Problemas de la culpa contractual». *La Ley* 111, p. 925; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 211; BELLUSCIO, Augusto. «Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios». *La Ley*, 1979-C, p. 30; entre otros autores.

el deudor tendiente a procurar al acreedor el bien o utilidad que constituye el objeto de la obligación. Planteado así, se advierte sin esfuerzo —dice este autor— que la prestación —conducta debida— es siempre un “medio” y el objeto es siempre un “resultado”.²⁶

Sobre el particular, WAYAR aclara que «[A] partir de la distinción entre objeto y prestación se obtiene el siguiente esquema: el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor; la prestación, o conducta del deudor, es el medio productor de aquel resultado. En este sentido “resultado” y “medio” son dos elementos que están ligados íntimamente dentro de la estructura de toda relación de obligación; constituyen parte de su esencia».²⁷

En otras palabras, en las obligaciones llamadas «de medios», la prestación, la conducta debida, persigue siempre un resultado que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Es innegable que el logro del resultado le interesa también al deudor, sólo así se explica que ponga todo su empeño en obtenerlo. Sería un dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupe por lograr un resultado.

A partir de este adecuado deslinde, ZANNONI continúa desarrollando su pensamiento y dice que, «[...] por subsumirse o identificarse la prestación con el objeto de la obligación, se han pretendido caracterizar, *a priori*, conductas debidas que serían, en sí mismas, objeto de la obligación», destacando —con la aplicación del artículo 512, Cód. Civil— que «los factores de atribución subjetivos de responsabilidad; culpa o dolo; se imputan a la conducta debida, no al objeto»; por ello, «[C]uando la ley atribuye la responsabilidad por la sola frustración del resultado en el ámbito contractual o por la sola producción del daño en la responsabilidad extracontractual no puede hablarse de un factor de atribución subjetivo: en estos casos la ley no presupone un juicio de reproche a la conducta, sino un deber de reparar, fundado en factores objetivos (riesgos, garantía, provecho, etc.), la frustración de ese resultado o la producción del daño, salvo que se interrumpa el nexo causal y se pruebe el *casus*».²⁸

En la doctrina de los tribunales se fijó como criterio, cuando existe apoderamiento, que «[...] el abogado vinculado a su cliente por un contrato de mandato es deudor de una obligación de resultado en lo concerniente a los actos de su específica incumbencia, presumiéndose por ende su culpa, por lo que podrá exonerar su responsabilidad únicamente mediante la demostración de la incidencia de una causa ajena».²⁹

La circunstancia de que el cliente haya otorgado poder para actuar en juicio, conforme a la doctrina judicial precedente, califica como de resultado a la obligación del

26 ZANNONI, Eduardo. «Obligaciones de medios y de resultado (Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo)». *Jurisprudencia Argentina*, 1983-II, p. 169; ZANNONI, Eduardo. «La obligación (Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria)». *Revista Jurídica de San Isidro* n.º 20, separata, p. 94.

27 WAYAR, Ernesto. *Derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990, tomo I, p. 128.

28 ZANNONI, Eduardo. «Obligaciones de medios y de resultado (Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo)». *Op. cit.*, p. 169.

29 CCivCom Rosario, Sala I, 9/2/99, *La Ley Litoral*, 1999, p. 750.

profesional de la abogacía, fundamentalmente, por sus obligaciones como procurador que se suma al patrocinio.

En este punto del análisis, la interrogación obligada es preguntar si la calificación como de resultado puede ser extendida al resultado final del pleito, donde interviene la apreciación de una tercera persona como es el juez, que valora los hechos y encuadra el derecho finalmente aplicable.

En ese sentido, la complejidad profesional del abogado no permite calificar todo su accionar como de resultado, sino que, por el contrario, se debe precisar qué actos debidos pueden ser catalogados en esta categoría y cuáles de medios, sin perjuicio del examen de la capacidad técnica (competencia) del abogado para conocer e informar las probabilidades de éxito de la acción intentada con base en los criterios que tiene la doctrina judicial de la jurisdicción.

Ello fue comprendido cuando se afirmó que

[...] en general, en la locación de servicios, el abogado en su asistencia al cliente debe colocar los medios necesarios empeñando todo saber y el máximo de diligencia, pero es innegable, que por más que el cliente espere el triunfo en el proceso, el resultado mediano no es ni puede ser por su aleatoriedad garantizado.

Distinto es el caso en aquellas hipótesis en que el profesional (abogado) asume una obligación de resultado como es cuando se obliga a redactar, por ejemplo, un contrato.³⁰

En el marco de otro proceso judicial se sostuvo que «la responsabilidad del abogado es de resultado *in origine* cuando su relación con los actos procesales deriva de la ley».³¹

Con idéntico criterio,

[...] sobre la actuación del abogado en juicio, Andorno, sostenía que «en cuanto a la actuación del abogado como apoderado o procurador, participamos del criterio mayoritario de nuestra doctrina y jurisprudencia que considera que en tales casos se está frente a una prestación de obligación determinada o de resultado, en lo que respecta a los actos de su específica incumbencia, tales como concurrir a secretaría los días asignados para las notificaciones de oficina, suscribir y presentar los escritos del caso, asistir a las audiencias, interponer los recursos contra las decisiones adversas a los derechos de su cliente y, en general, activar el procedimiento en la forma prevista en la ley» [...] Sobre este punto, de igual modo [...] GHERSI opina que «a partir de la iniciación del pleito, se mezclan una serie de obligaciones de medio y de resultado que sería largo y sin sentido enume-

30 CCivCom y Minería San Juan, Sala III, 26/8/96, Velásquez de López, Beatriz c/M. A. G. y otro s/daños y perjuicios. Sumario, autos 5493, LS, 1996-II-318.

31 CCivCom, Trab. y Fam. CdelEje, 27/3/98, LL, 1999-D-793, y LLC, 1999-426.

rar. Creemos que su dilucidación dependerá del acto procesal en concreto». ³²

En otra jurisdicción se ponderó que «[...] ninguna de las argumentaciones involucradas en la queja, constituyen causa exonerativa de la responsabilidad imputada a la quejosa, pues habiendo asumido una obligación de resultado: concretar en término la demanda civil en sede penal, bajo riesgo de desistimiento de la acción, si pretendía liberarse de la responsabilidad que le era atribuida, debió acreditar el cumplimiento, vale decir, la obtención del cometido, sólo desvirtuable por la prueba del *casus* u otra circunstancia demostrativa de la ruptura del nexo causal. El esfuerzo defensivo de la recurrente, no lo invoca y en modo alguno lo logra». ³³

A modo de síntesis, si se observa con fineza, sin lugar a hesitación, toda obligación tiene una finalidad, un objetivo que satisface el interés del acreedor que se logra con la adecuada realización de las conductas debidas por el deudor (prestación). Pero la clasificación como de medio o de resultado no surge de la naturaleza autónoma de la obligación, de su ontología, sino que depende de la fuente que le da origen. En ella (pacto, contrato, convenio, etc.) queda manifestado el interés del acreedor por la obtención del resultado (en mayor o menor medida) y la promesa del deudor (abogado) de realizar el mismo en la dimensión requerida.

Si la obligación es de medio o de resultado es porque así se negoció, de donde lo importante, lo trascendente, es el contenido del pacto que precisa el alcance jurídico, o si se prefiere, define la naturaleza jurídica de cada obligación que contiene.

Ello es perfectamente comprendido en el artículo 1768 del Código Civil y Comercial, cuando regula que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

En otras palabras, se fija como norma de clausura, para cuando se omitió establecer expresamente que la obligación asumida por el profesional es de resultado, que las obligaciones del especialista son de medio. Va de suyo que el contenido del contrato define la naturaleza de la obligación, no la obligación en forma autónoma. Esta normativa será objeto de análisis especial *infra*.

3. EFECTOS PROCESALES DE LA DISTINCIÓN: LA CARGA DE LA PRUEBA

Aun cuando autores de la categoría de BUERES, PIZARRO y VALLESPINOS tratan de relegar a un segundo plano la cuestión de la carga probatoria, ³⁴ como originalmente

32 CCivCom y Minería San Juan, Sala I, 25/6/04, Montañón, Isidro F. c/G., M. H., y otro s/ cobro de pesos. Ordinario, autos 17.582, LS, 88-51.

33 3º Civ, 1ª circunscripción Mendoza, 10/10/98, Moreno, Santiago A. c/M.L.P. de M. Daños y perjuicios, expte. 110712, LS083-121.

34 PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, tomo 2, p. 579. Los autores expresaron: «Creemos que la distinción es útil, relevante y tiene en la hora actual una función todavía más

postulara DEMOGUE, para hacer primar los esquemas conceptuales, especialmente direccionados a fortalecer la idea de la existencia de un factor de atribución objetivo en las obligaciones de resultado, a la hora de la verdad jurídica, que es cuando una teoría es sometida a las vicisitudes de la jurisdicción, surge la importancia del tema procesal.

Entre los voceros de la distinción, especialmente en el plano de la doctrina judicial, cabe destacar el pensamiento expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en el caso Barral de Keller Sarmiento, con el voto de los doctores PETRACCHI, BELLUSCIO, FAYT, ZAFFARONI y HIGHTON DE NOLASCO, quienes juzgaron que «[...] la obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor».³⁵

Este criterio, aplicable –de igual modo– al accionar de los profesionales del derecho fue desarrollado, inicialmente, por BUERES, cuando consideró que «en la puja probatoria procesal generada cuando están implicados deberes de “medios”, el deudor tratará de neutralizar la pretensa demostración del elemento subjetivo (que insisto, corre por cuenta del acreedor), a base de la prueba de la “no culpa” (o ausencia de culpa), que para mí constituye un *tertium quid* o terreno intermedio entre la “culpa” y el *casus* en estos supuestos. Este régimen de neutralización de la responsabilidad es diverso en las obligaciones de resultado, dado que al quedar marginada la “culpa” de la discusión, al deudor sólo le resta destruir la *imputatio facti* (relación de causa a efecto), mediante la prueba del *casus*».³⁶

Específicamente sobre la responsabilidad de los abogados, CASTIGLIONE opina que «[A]nte una obligación de resultado, al acreedor le bastará probar con establecer que no se logró el resultado prometido, correspondiendo al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa extraña a él. En la obligación de medios, no es suficiente la mera no obtención del

trascendente que la vislumbrada por Demogue, pues se proyecta al plano del factor de atribución de la responsabilidad civil, marcando una línea divisoria de las aguas entre la responsabilidad subjetiva (obligaciones de medios) y objetiva (obligaciones de resultado) (Bueres, Aglogia, Meza, Boragina, Vázquez Ferreyra)».

35 CSJN, 28/9/04, Barral de Keller Sarmiento, Graciela H. c/ Guevara, Juan A. y otros. En el mismo sentido, Fallos, 322:1369; 320:1811; 317:1921; 315:2387; CNCiv, Sala F, 15/4/97, LL, 1997-F-796; íd. íd., 22/9/00, LL, 2001-A-130, y DJ, 2001-1-852; íd., Sala D, 16/7/98, JA, 1999-II-495; CNCivComFed, Sala II, 17/4/97, LL, 1997-D-506; CCivCom Morón, Sala II, 24/10/95, Coronel, Constantino H. c/Saracut, Diana, y otros s/daños y perjuicios, JUBA, B2350632, entre otros citables.

36 CNCiv, Sala E, 25/11/80, LL, 1981-D-141; del fallo de primera instancia, confirmado por la Cámara.

fin perseguido pero no asegurado, sino que también se debe demostrar que ello acaeció por culpa o negligencia del obligado».³⁷

Por su parte, entre los autores que unifican la naturaleza de las obligaciones profesionales, WAYAR sostiene que «[...] negada toda diferencia ontológica entre las obligaciones de medios y las de resultado corresponde afirmar la vigencia de un único régimen jurídico en materia de prueba. Se aplica la siguiente regla: al acreedor le toca probar que su interés no ha sido satisfecho, o sea, que el objeto de su crédito se ha frustrado; al deudor, si quiere eximirse de responsabilidad, le corresponde probar que cumplió la prestación y que la frustración del acreedor se debe a causas extrañas a la prestación misma; o bien que incumplió, pero por causas no imputables a él».³⁸

Con criterio similar al expuesto precedentemente, Belluscio marca que «[L]a diferencia entre obligaciones de medios y de resultado no sólo carece de sustento ontológico, sino que es incapaz de fundar regímenes diversos en relación con la carga de la prueba en el incumplimiento contractual. En todo caso, al acreedor le basta con demostrar el incumplimiento –sea total, sea cumplimiento deficiente– en tanto que el deudor puede, a su vez, acreditar la fuerza mayor que lo exima de culpa».³⁹

37 CASTIGLIONE, Rafael. «Enfoque sobre la mala práctica profesional de los abogados». *La Ley NOA*, 2007, p. 571.

38 WAYAR, Ernesto C. *Op. cit.*, p. 131.

39 BELLUSCIO, Augusto. *Op. cit.*, p. 30. Este autor completa su pensamiento señalando que «siempre la ejecución de la obligación es un resultado en sí y siempre, en el campo de la responsabilidad contractual; lo que el acreedor debe probar es el incumplimiento que hace presumir la culpa. Lo que ocurre es, en primer término, que según sean las obligaciones que derivan de un contrato en particular (y ni siquiera de un tipo o categoría de contrato), la configuración del incumplimiento será más simple o más compleja con la consiguiente mayor dificultad probatoria que se presenta a medida que se torna más complicada; y en segundo lugar, que la reglamentación específica de determinados contratos puede ampliar o restringir los supuestos en que cabe demostrar la ausencia de culpa en el incumplimiento». Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. «La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor». *La Ley*, 1998-D, p. 950. En este trabajo el autor sostiene que desde la perspectiva del consumidor, «el distingo entre obligaciones de medio y de resultado [...] debe entenderse sin fracturar las reglas generales de la responsabilidad contractual, puesto que es la presencia del resultado debido –de diverso contenido en cada caso–, la que sirve para indicar el cumplimiento y, por tanto, para excluir toda cuestión de responsabilidad». La imposibilidad liberatoria (exclusión de la relevancia del incumplimiento inicial probado por el acreedor, conforme a la terminología de Jordano Fraga) «es siempre la misma y la carga de su prueba incumbe, asimismo, siempre al deudor». Por ello, «si es verdad que el cambio de un estado de dolencia, situación inicial, en un estado de salud, situación final, depende “más de factores aleatorios y menos de la voluntad del médico” [...] la prueba de ello, que no es otra cosa que la prueba de la imposibilidad corresponde al profesional de la salud». Completa su idea diciendo que «no puede satisfacer el interés del acreedor de un servicio, profesional o no profesional, la mera alegación sobre la diligencia empleada, la pericia poseída o el esfuerzo desarrollado. El cumplimiento de una actividad “de medios” [...] La tutela del consumidor se refuerza en la medida en que se considera a cada servicio como un resultado y una finalidad en sí mismo, que responde

En la década de los ochenta del siglo pasado, DE LA FUENTE sostenía que la doctrina expuesta por DEMOGE y sus seguidores nacionales «[...] confunde el incumplimiento material, en cuanto primer presupuesto de responsabilidad, con el elemento subjetivo –culpabilidad– o sea el segundo presupuesto: el solo hecho [de] que se acrediten las circunstancias objetivas que acreditan el incumplimiento, esto es la disconformidad entre la conducta debida y la obrada, no es suficiente para considerar al deudor culpable de ese incumplimiento, quien siempre puede demostrar su inculpabilidad a través del *casus*. Aunque al igual de lo que sucede en todas las obligaciones contractuales –sean de medio o de resultado–, una vez acreditado el incumplimiento la culpa se presume, y será a cargo del deudor demostrar, si desea liberarse de responder, que ese incumplimiento no le es imputable».⁴⁰

Este autor sintetiza su pensamiento asegurando que «[E]n las obligaciones de medio el acreedor no está obligado a probar la culpa, cuya existencia se va a presumir una vez que se acredite el incumplimiento y el deudor sólo se eximirá de responder si demuestra que ese incumplimiento no le es imputable por haber mediado una situación de *casus*. Es decir que en este aspecto no hay ninguna diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, ya que siempre que se acredite el incumplimiento material se ha de presumir la culpa del deudor».⁴¹

Como se colige, la disputa doctrinal generada entre los defensores y los negadores de la existencia de la clasificación entre obligaciones de «medios» y de «resultado» tiene su capítulo especial y de mayor trascendencia práctica en la determinación de la carga probatoria cuando las partes se enfrentan en un proceso judicial.

Ello ya era reconocido por Mazeaud y Tunc cuando especificaban que «[L]a distinción presenta, sin embargo, también aquí, un interés de primer orden: se verá que determina el peso de la carga de la prueba. Si hay obligación “de resultado” –obligación “determinada”–, el deudor tiene la carga de probar, ya sea que el resultado pretendido se ha logrado, ya sea que un obstáculo de fuerza mayor ha impedido alcanzarlo [...].

al interés del acreedor. Y en la medida en que la prueba sobre la imposibilidad o aleatoriedad, debe producirla el deudor del servicio, pues de lo contrario se lo considera como incumplidor responsable».

40 DE LA FUENTE, Horacio. «Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la calificación». *La Ley*, 1980-A, p. 714.

41 *Ibidem*. Este autor completa su idea marcando que «Las consecuencias prácticas que se derivan de la posición que criticamos son directamente inadmisibles si el acreedor debiera probar la efectiva culpa del deudor, no sólo tendría que acreditar los hechos reveladores del incumplimiento material (falta de diligencia, imprudencia, etc.), sino también que no se ha configurado ninguno de los innumerables hechos que para el deudor podrían significar una situación de “casus”, hechos que por cierto aquél normalmente desconoce, es decir, se obligaría al acreedor a producir una prueba verdaderamente diabólica y prácticamente imposible, que en la práctica se traduciría en que nunca se podrá probar en forma cierta la culpa del deudor. Mientras que a la inversa, aceptando el criterio general que una vez acreditado el incumplimiento la culpa se presume, al deudor le será sumamente sencillo probar el “casus” que desplaza al elemento subjetivo y, por lo tanto, lo libera de responder».

En las demás obligaciones pertenece, por el contrario, al acreedor probar la culpa del deudor».⁴²

En síntesis, la dimensión de la obligación comprometida por el profesional tiene directa vinculación con el resultado esperado por el cliente. En función de ello, cuando exista pacto escrito ha de estarse a la letra de mismo y, cuando sea verbal, se deberá acreditar cuál era la naturaleza de la prestación que satisfacía el interés del acreedor (cliente) para comprobar si se adecua o no con la acción profesional ejecutada por el abogado.

Es decir, una vez discernida cuál era la voluntad común, el problema es de ponderar el alcance de las cláusulas convencionales pactadas para medir la diligencia llevada a cabo y la obtención o no del resultado comprometido que satisface al acreedor. Ello es así porque siempre, en toda obligación, el deudor promete diligencias para procurar un fin, propósito o resultado de interés para el requirente de los servicios profesionales.

Este detalle fue percibido por los propios autores franceses que defienden la distinción, cuando señalaron que «para evitar toda confusión, se precisa observar que la diligencia que impone una obligación de resultado es de un grado más o menos elevado según las estipulaciones de las partes o las circunstancias del contrato».⁴³ Y, a su vez, en las de medio «el grado de la diligencia requerida del deudor puede ser, además, más o menos elevado, como en las obligaciones determinadas, según las circunstancias y la convención de las partes».⁴⁴

El pensamiento transcripto, omitido sistemáticamente, contradice los postulados básicos de la distinción que alguna doctrina ha elevado al rango de dogma jurídico, porque reconoce que no hay diferencia en la esencia de las obligaciones (siempre son de medio para obtener un resultado), pero sí en la dimensión de la promesa formulada en el pacto profesional-cliente.

Por ello, no se puede sostener como una verdad axiomática que cuando no se ha cumplido con la prestación debida por el profesional, la misma siempre es de medio y, por ende, la carga probatoria de la culpa está en cabeza del cliente. Dado que primero se debe acreditar cuál era el contenido del pacto profesional-cliente, a partir de ello se podrá dilucidar la naturaleza de la obligación profesional pactada que en caso de ser de resultado se presume su responsabilidad calificada como objetiva, por aplicación del artículo 1723 del Código Civil y Comercial, y estará a cargo del universitario probar que se han verificado causales de eximición.

Sin perjuicio de ello, en ambos casos se debe exigir a las partes una adecuada y de buena fe colaboración probatoria, conforme a su posición y dinámica en el pleito, pues se debe tener presente siempre la situación sociocultural preferente y el dominio de los escenarios (ámbitos donde se lleva a cabo la celebración y ejecución de las prestaciones)

42 MAZEAUD, Henry y León; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico*, tomo I, volumen I, p. 132.

43 *Idem*, p. 130.

44 *Idem*, p. 131.

que tienen los profesionales, por el conocimiento de tercer nivel que han adquirido para ser autorizados para actuar como tales, frente a los clientes legos.⁴⁵

Este análisis puede y debe ser realizado por la jurisdicción, aun cuando no haya advertido a las partes que lo implementará como regula el artículo 1735 del Código Civil y Comercial,⁴⁶ por cuanto son elementos que se encuentran aportados a la causa.

4. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Las opiniones de los juristas sobre la naturaleza jurídica de la obligación profesional, sin lugar a hesitación, adquieren relevancia cuando un país adopta la decisión política de actualizar sus códigos dado que influyen en la elaboración de las normas.

Ello, aconteció con la preparación del anteproyecto de código unificado que fue confiado por Decreto PEN N° 191/11, a los Dres. Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco, quienes convocaron a setenta profesores para que opinaran sobre distintos temas.

El tema fue definido en su alcance, *ab initio*, por la Comisión en la nota de elevación, donde precisa que

[...] las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

En la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, en razón de las controversias que ese distingio ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática, en el plano norma-

45 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. «Carga y valoración de la prueba: precisiones». *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III, p. 630, y QUEVEDO MENDOZA, Efraín. «Carga de la prueba». *Libro homenaje a Alvarado Velloso*, <www.egacal.com/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=99>; PEYRANO, Jorge y LÉPORI WHITE, Inés. *Carga probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004; FENOCHIETTO, Carlos. «Carga de la prueba». *La Ley*, 1980-A, p. 806; ARAZI, Rolant. «El ocaso de las teorías sobre carga de la prueba». *La Ley*, 2000-A, p. 1041; GABET, Emiliano. «Flexibilización de la carga de la prueba y violencia laboral». *La Ley*, 2007-F, p. 385; LORENZETTI, Ricardo. «Carga de la prueba en los procesos de daños». *La Ley*, 1991-A, p. 995; COLERIO, Juan Pedro. «La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba». *La Ley*, 1990-B, p. 298; GALDÓS, Jorge Mario. «Prueba, culpa médica y cargas probatorias dinámicas (En la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires)». *La Ley*, 1997-C, p. 1513, entre otros autores.

46 Artículo 1735.- Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

tivo es claro que si el deudor promete un resultado determinado y éste no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa. En estos casos la imputación es objetiva porque sólo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal. Estas denominaciones son consistentes con las utilizadas en las obligaciones de hacer y con las que se expresan los distinguos entre contratos de obra y servicios, a fin de dar coherencia al sistema.

En función de esta idea inspiradora, y luego de superado el proceso legislativo, el Código Civil y Comercial, Ley 26.994, regula en el artículo 1768 que «[...] la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757».

El artículo, en su primera parte, remite a las reglas de las obligaciones de hacer para regular la actividad de las profesiones liberales. Como se advierte, la norma limita su alcance a las profesiones que se ejercen sobre la base de un título otorgado por una universidad, verbigracia: medicina, abogacía, ingeniería, arquitectura, odontología, etc.

A estas profesiones, cuando se ejercen, se les aplica el contenido de los artículos 773 a 777. En función de ello, la obligación tendrá por objeto la prestación de un servicio o la realización de un hecho en el tiempo, lugar y modo acordado por las partes. Esta parte final marca la génesis contractual de la relación cliente-profesional.

La prestación de un servicio, regla el artículo 774, puede consistir en: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.

Como se colige, la prestación del profesional puede tener la alternativa de ser de medio (inciso a) o de resultado (incisos b y c). Ello es definido en el contenido del acuerdo celebrado por las partes al originar la obligación y cuando no hubiere pacto expreso acreditable surgirá de la naturaleza misma del servicio prestado por el profesional.⁴⁷

En el segundo apartado, el artículo es concordante con la normativa relacionada con las obligaciones de hacer, dado que cuando se trata del inciso a del artículo 774, el

47 ALFERILLO, Pascual. «Comentario al art. 1768». En ALTERINI, Jorge (director) y ALTERINI, Ignacio (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético*. 2ª edición actualizada y aumentada. Buenos Aires: La Ley, 2016, tomo VIII, p. 432; ALFERILLO, Pascual. «Comentario art. 1768». En GARRIDO CORDOBERA, Lidia; BORDA, Alejandro y ALFERILLO, Pascual (directores) y KRIEGER, Walter (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea, 2015, tomo 2, p. 1100.

factor de atribución será subjetivo, pero cuando se trate de los incisos b y c de la mencionada norma, habrá responsabilidad objetiva comprometida conforme los estipula el artículo 1723.

Es por ello que el artículo 775 reglamenta que el obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo, acordes con la intención convenida por las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva.

La punición civil de este artículo debe ser analizada partiendo de la base de la naturaleza de la obligación prometida, que en todos los casos debe ser cumplida de conformidad a lo pactado por las partes, marcando muy claramente que si el profesional lo hiciere de otra manera se tendrá por incumplida a la obligación, permitiendo al acreedor exigir la destrucción de lo hecho de manera diferente a lo acordado, con el único límite de que esa petición no sea abusiva.

En este punto es válido aseverar que el Código Civil y Comercial sobrevuela la discusión antes desarrollada respecto de si la obligación profesional es de medio o de resultado, al remitir a los artículos reglamentarios de la obligación de hacer, donde se *remite al contenido del pacto celebrado entre el profesional y el particular, en el caso abogado y su cliente*, que es el que, en definitiva, fija la naturaleza de la obligación acordada como de medio o de resultado.

Es decir, cuando se analizaba la dimensión del objeto de la obligación profesional se sostiene que la misma es una cuestión fáctica contractual sujeta a prueba.⁴⁸ Este criterio, de juzgar *—ab initio—* la contractualidad de la relación profesional/cliente es muy claro en doctrina moderna extranjera que ha sido parcialmente receptada en el Código Civil y Comercial, el cual no se puede desprender de postular la división, especialmente para definir el factor de atribución y la carga probatoria.

Barros Bourie, al respecto, señala que «[...] los profesionales pueden contraer *obligaciones contractuales* de medio o de resultado, según sean las expectativas que el derecho cautela a quienes hacen el encargo. Contraen una obligación de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimiento y capacidades en servicio de la contra-

48 ALFERILLO, Pascual. «La carga probatoria en la mala praxis médica». *La Ley Online*, 11/03/2013, p. 3; ALFERILLO, Pascual. «La carga probatoria de la responsabilidad profesional de los abogados». *La Ley Gran Cuyo*, junio 2009, p. 447; ALFERILLO, Pascual. *Responsabilidad profesional de los abogados*. San Juan: Univ. Nacional de San Juan, Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y Foro de Abogados de San Juan, 2013, pp. 64-65; ALFERILLO, Pascual. «Las obligaciones de medio y resultado». En SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (director). *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley, 2016, tomo II, p. 128. En igual sentido: CCiv. Com. y Minería San Juan, sala 2ª, 13/2/2006, F., M. S. c. C., C. y otros —daños y perjuicios— sumario, autos 17.854, L. de S., 2006-I-12/27 (voto Alferillo); sala 1ª, 9/3/2007, H. de F., G. N. c. Provincia de San Juan y otros —daños y perjuicios— Sumario, autos 18.762, L. de S., 95-137/160; 7/12/2007, C. P., N. V. c. N., G. —daños y perjuicios—, autos 19.117, L. de S., 99-13/33, entre otros.

parte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener».⁴⁹

La nueva tendencia procura superar la dicotomía para pasar de ponderar como eje principal la actividad del profesional para tener en cuenta, a la hora de las evaluaciones del cumplimiento del pacto de servicios, si éste tenía la capacidad para llevar a cabo la actividad prometida y si se obtuvo la satisfacción del interés del acreedor.

En este punto es ineludible recordar que toda obligación tiene el propósito final de realizar el bien que satisface al *accipiendo*, porque ello forma parte de su esencia, tal cual quedó registrado en el artículo 724 Cód. Civ. y Com., donde se define que «la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés».

El propósito antes referenciado, como se colige, queda evidenciado en la definición legal, la cual se parcializa al focalizarse en el posicionamiento del acreedor frente a su deudor, cuando la tendencia moderna para definir a la obligación amalgama en una unidad conceptual la situación jurídica de ambas partes. Es por ello que no puede, de modo alguno, ser soslayado tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado, la obtención del bien que satisface el interés del acreedor para sostener que la misma se ha cumplido acabadamente.

Esta línea de pensamiento es sintetizada por D'Amico cuando expresa que «si bien de un lado, “un ‘comportamiento’ del deudor siempre está *in obligatione*, y su presencia constituye, en primer lugar, el elemento identificador de la relación obligatoria respecto de otras situaciones jurídicas”, por el otro, “un ‘resultado’ (que en ocasiones se materializa en una cosa) siempre será necesario, indicando la dirección de la prestación hacia la satisfacción de un interés del acreedor”. Y, en dicho sentido, tratándose de la estructura (del concepto) de la obligación, es verdad que no existe, y no puede existir, diferencia entre los diversos tipos de obligaciones» (y, por lo tanto, tampoco entre obligaciones «de medios» y las obligaciones «de resultado»)⁵⁰.

49 BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 657. Ver también: PARADISO, Massimo. «La responsabilidad civil médica entre confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos». En MORENO MORE, César (coordinador). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Editora y distribuidora Ediciones Legales, 2015, p. 627; PARADISO, Massimo y otros. *La responsabilidad civil. Estudios italianos contemporáneos*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018, p. 305; PALACIO GONZÁLEZ, Dolores. *Responsabilidad civil y derecho de daños. Tras la reforma legislativa de 2015*. 2ª edición revisada y actualizada, Lisboa: Juruá editorial, 2016, Colección de Derecho Civil, Inmaculada García Presas (coordinadora), p. 61; BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad médica en el derecho español*. Bogotá: Temis, 2015, p. 15; entre otros.

50 D'AMICO, Giovanni. *Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual. La responsabilidad ex recepto y la distinción entre obligaciones «de medios» y «de resultado»*. Traducción de César Moreno More. Lima: Colección Jurídica Derecho Privado Contemporáneo, Legales

5. LOS NUEVOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TEMA

En la presentación de su libro, De Barrón Arniches, asevera que

[...] uno de los más paradigmáticos resultados del desarrollo doctrinal del derecho privado europeo, las normas del *soft law* contenidas en el llamado Draft Common Frame of Reference (DCFR) contempla la figura del contrato de servicios en el apartado C de su Libro IV Titulado «Specific contracts and the right and obligations arising from them».

La regulación que propone el DCFR del contrato de servicios y, más en concreto, su configuración jurídica contenida en la parte general constituye una importante y decisiva fuente de inspiración para los legisladores nacionales en lo que hace a la regulación de las obligaciones de hacer [...].⁵¹

En función de estas apreciaciones resulta ilustrativo transcribir las recomendaciones contenidas en los puntos 2:105 y 2:106 del Marco Común de Referencias (DCFR) que se consideran esenciales a la hora de examinar la naturaleza de la prestación profesional.

Al respecto, el Libro IV.C., en su apartado 2:105, refiere a la obligación de competencia y diligencia cuando indica que:

(1) El prestador del servicio debe ejecutarlo: (a) con la diligencia y competencia que cabe razonablemente esperar de un prestador de servicios en las circunstancias de que se trate; y (b) de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio. (2) Si el prestador del servicio tiene un nivel más alto de competencia y diligencia, deberá prestar el servicio con dicha competencia y diligencia. (3) Si el prestador de servicios es, o dice ser, miembro de un grupo de profesionales para el que una autoridad competente o el propio grupo han establecido unas normas, deberá ofrecer el nivel de competencia y diligencia exigido por esas normas. (4) Para determinar la competencia y diligencia que el cliente tiene derecho a exigir, deben tenerse en cuenta, entre otras circunstancias: (a) la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos de la prestación del servicio al cliente; (b) si se produce un daño, los costes de las medidas

Instituto-Ediciones, 2016, pp. 215-216. El autor en la p. 220 precisa que «la distancia entre obligaciones “de medios” y obligaciones “de resultado” podría reducirse de manera ulterior si se comprende la idea de que también en el primer tipo de obligaciones, la prestación-*resultado* coincide con la realización del interés final o primario del acreedor (por ejemplo, la curación), no obstante, con la precisión de que dicho “resultado” (que, en este punto e hipotéticamente, cesaría de ser “extrínseco” a la estructura de la relación, porque quedaría comprendido en el programa obligatorio) está deducido *in obligatione*, no en absoluto, sino en los límites en los que puede ser conseguido a través de una actividad diligente (*pericia, prudente*) del deudor».

51 DE BARRÓN ARNICHES, Paloma. *Las obligaciones de hacer en el derecho privado europeo - Contratos de obra y de servicios*. Santiago de Chile - Buenos Aires: Biblioteca de Derecho Europeo, Ediciones Olejnik, 2017, p. 9.

preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar; (c) si el prestador de servicios es una sociedad; (d) si debe pagarse un precio y, en ese caso, su importe; y (e) el tiempo del que razonablemente se dispone para la prestación del servicio. (5) Las obligaciones previstas en el presente artículo exigen, en particular, que el prestador de servicios adopte las medidas preventivas razonables para evitar que se produzcan daños como consecuencia de la prestación del servicio.⁵²

Como se colige, la tendencia moderna no hace referencia exclusivamente al deber de diligencia que existe en toda obligación, pero especialmente en las de hacer, sino que se focaliza en la competencia que está relacionada con la capacidad profesional del abogado en el conocimiento de la norma aplicable, doctrina y jurisprudencia que la informa.

Este saber técnico abogadil debe ser constantemente actualizado, siguiendo las enseñanzas de Cuture cuando decía que «el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado», razón por la cual «el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando».

En otras palabras, si el abogado no se encuentra actualizado, no podrá evacuar acertadamente la consulta de su cliente y, con ello, se incurre en una de las hipótesis contempladas en el artículo 1724 cuando precisa que la culpa comprende, entre otras alternativas, la impericia en el arte o profesión. Ello por cuanto si mantiene el conocimiento, asegurará a los clientes un servicio con el nivel técnico exigible en ese momento.

Ahora bien, conociendo la exclusión expresa del segundo párrafo del artículo 2 de la Ley N° 24.240 de Defensa de los Consumidores, cuando precisa que «[N]o están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación». Resulta necesario reflexionar frente a la proliferación de posgrados universitarios que otorgan títulos de especialistas, magíster o doctores que autotitulizarse contradice, en primer lugar y como mínimo, el principio de buena fe, pues se está ofreciendo a los clientes, captados o potenciales, una capacidad que no está reconocida por una casa de estudio autorizada.

Evidentemente, partiendo de considerar que el abogado es un auxiliar de la administración de justicia, se impone para salvaguardar a la sociedad de los «auto-titula-

52 AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO - JEREZ DELGADO, Carmen (coordinadora de la versión española). *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pp. 210-211.

dos» la creación de registros de fácil consulta en las instituciones de control de la matrícula.

La consecuencia lógica de una indebida capacitación profesional es el mal asesoramiento o encuadramiento de la pretensión del cliente en juicio que, como se examinará *infra*, ha comenzado a ser objeto de algunos pronunciamientos judiciales, de donde surge su importancia actual.

Este deber jurídico complejo se completa con la obligación de diligencia a cumplir por el abogado, el cual está suficientemente comentado a lo largo de este estudio, razón por la cual no nos explayamos con mayor detención en este apartado. Sólo decir: competencia actualizada y diligencia adecuada conforman la regla lógica para un correcto ejercicio de la profesión de la abogacía cumpliendo con la *lex artis*.

La jurista antes citada comenta sobre este aspecto que:

El comportamiento razonable afectaría con carácter general tanto a la pericia como a la diligencia del prestador del servicio. Junto a ello, y de forma más específica, la habilidad o capacitación del agente puede medirse por criterios internos relativos al buen hacer propio de cada profesión que se identifican, en primer lugar, con el estándar calidad exigible a un colectivo o grupo de profesionales dotados de normativa propia en relación a la *lex artis ad hoc* y, en segundo lugar, con la obligación que se deriva para cada profesional individual o bien del prestigio adquirido en actuaciones anteriores que avalan su capacidad personal, o bien del propio ofrecimiento que pueda hacer en el momento de la oferta, de una diligencia superior al estándar de conducta del su grupo.⁵³

Esta exigencia no resulta ajena a la dogmática nacional por cuanto es contemplada en el texto del artículo 1725 Cód. Civ. y Com., donde se precisa que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.⁵⁴

53 DE BARRÓN ARNICHES, Paloma. *Op. cit.*, pp. 83-84.

54 ALFERILLO, Pascual. «Comentario al art. 1725». En ALTERINI, Jorge (director) y ALTERINI, Ignacio (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético*. 2ª edición actualizada y aumentada. Buenos Aires: La Ley, 2016, tomo VIII, p. 134; ALFERILLO, Pascual. «Comentario al art. 1725». En GARRIDO CORDOBERA, Lidia; BORDA, Alejandro y ALFERILLO, Pascual (directores) y KRIEGER, Walter (coordinador). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea, 2015, tomo 2, p. 1047. También ver: LÓPEZ MIRÓ, Horacio. «El principio de confianza o la legítima expectativa en el derecho médico». *La Ley Buenos Aires*, junio 2014, p. 527.

Sobre el tema, De Barrón Arniches dice que «todo prestador de un servicio, sea cual sea el tipo de actividad que realice, tiene que observar su obligación de trabajar con diligencia y aplicando sus conocimientos o habilidades al desempeño de su tarea».

Esta autora califica a la distinción entre prestaciones de actividad y prestaciones de resultado como de perturbadora en función de las nuevas construcciones dogmáticas relacionadas con el incumplimiento y sus efectos fundados en las modernas directivas sobre los contratos. Por ello, entiende que «hay una cierta voluntad de desprenderse de la tradicional dicotomía entre medios y resultados, sin olvidar los deberes de pericia y diligencia que son esenciales en las obligaciones de hacer, pero iniciando un camino hacia la objetivización de la responsabilidad contractual del agente siempre que ello sea posible».

En ese sentido, luego de meritar que se propone en las directivas considerar que la obligación de los médicos es de medio, en el punto IV.C-8:109 se invierte la carga probatoria a favor del paciente cuando se negare a proporcionar la información (historia clínica) sobre su patología. En función de este ejemplo generaliza que «el contrato de servicios está sujeto a un sistema complejo de imputación de la responsabilidad contractual, muy mediatizado en función del sector de actividad de que se trate en cada caso, y alejado de la dicotomía simplista que opone “obligaciones de medio” versus “obligaciones de resultado”». ⁵⁵

Por su parte en el Libro IV.C.-2:106 se caracteriza a la obligación de lograr un resultado, cuando se especifica que:

(1) el prestador de un servicio debe lograr el resultado indicado o previsto por el cliente en el momento de la celebración del contrato, a condición de que, en caso de un resultado previsto distinto del estipulado: (a) éste fuera tal que cabía razonablemente suponer que el cliente lo previera; y (b) el cliente no tuviese motivos para suponer que existía un riesgo considerable de no alcanzar el resultado estipulado. (2) En el caso de que se transmita la titularidad de alguna cosa al cliente en virtud del contrato de servicio, deberá transmitirse libre de cualquier derecho o reclamación razonablemente fundamentada de un tercero. Son aplicables, con las modificaciones oportunas, el Artículo 2:305 (Derechos o pretensiones en general de terceros) del Título A del Libro IV y el Artículo 2:306 (Derechos o pretensiones de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual) del Título A del Libro IV. ⁵⁶

Esta directiva de interpretación hace una distinción muy importante que debe ser tomada en cuenta entre «resultado indicado» y «previsto por el cliente» al momento de contratar. El primero lleva implícito que el profesional informó con claridad cuál

55 DE BARRÓN ARNICHES, Paloma. *Op. cit.*, pp. 82-83.

56 AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO - JEREZ DELGADO, Carmen (coordinadora de la versión española). *Op. cit.*, pp. 210-211.

era el resultado posible de obtener con su intervención de acuerdo a los antecedentes específicos del caso.

En cambio, la otra hipótesis deja abierto a la interpretación que el cliente no ha sido fehacientemente informado de cuál era el resultado que razonablemente se podía esperar, razón por la cual, y atendiendo a la naturaleza del caso, pudo formarse la idea o esperar otro resultado conforme a su leal saber y entender.

Específicamente, el Marco Común de Referencias (DCFR) considera en el artículo 6:102 que, junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y el objeto del contrato; c) y la buena fe.

En otras palabras, pueden existir obligaciones de resultado emergentes del contrato que no estén expresamente garantizadas por el profesional, sino que surgen de los usos y prácticas que exige la naturaleza del bien⁵⁷ que satisface el interés del acreedor como propósito final de toda obligación, tal cual incluye en su definición de obligación el Código Civil y Comercial, en el artículo 1724.

En esta moderna línea de pensamiento, para fundamentar la centralidad en la noción de conformidad, Vaquer Aloy brinda un ejemplo que describe del siguiente modo:

Imaginemos el médico que para realizar una operación de extracción de un tumor no proporciona información alguna al paciente, emplea instrumental obsoleto y aplica técnicas completamente anticuadas, pese a lo cual obtiene una total curación del paciente. ¿En verdad alguien va a considerarle responsable por haber incumplido su obligación de medios? Como advierte Piraino, la virtualidad de las obligaciones de medios se muestra *ex post*, como un modelo de conducta teleológico *a posteriori* en una comparación con un hipotético resultado alternativo alcanzable con otros medios distintos. Es mucho menos alambicado y mucho más acorde con las orientaciones del nuevo derecho de obligaciones y contratos europeo medir siempre –por lo menos siempre que sea posible– términos neutros de coincidencia entre la prestación ideal y la prestación efectivamente realizada, rehuyendo debates *a posteriori* sobre si se aplicaron los medios necesarios con toda la diligencia. Los resultados finales no varían y se consigue avanzar en un modelo unitario de incumplimiento.⁵⁸

57 Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Partes I y II (Revisadas). Preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos. Presidente: profesor Ole Lando: Artículo 6:102: «Términos implícitos. Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes. b) La naturaleza y el objeto del contrato. c) Y la buena fe». Disponible en <<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/Leg-OblContr/PECL%20I+II.pdf>>.

58 VAQUER ALOY, Antoni. «La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo». En CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto; AGURIO GONZÁLEZ, Carlos y QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia (coordinadores). *Las obligaciones*. 2ª edición. Lima: Motivensa

En síntesis, la tendencia actual diluye los límites entre las obligaciones de medio y de resultado para atender especialmente al momento de definir si hubo o no incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales generador de daño al cliente, revisando si se ha satisfecho o no el interés del acreedor previsto de modo expreso o implícito en el pacto. Ello lleva, ineludiblemente, a diluir –de igual modo– los dogmas en cuanto al factor de atribución de responsabilidad aplicable (subjetivo vs. objetivo), marchando hacia un entramado complejo que tiene como consecuencia que la carga probatoria sea de igual naturaleza, razón por la cual el profesional no puede asumir una posición procesal de confort esperando que le acrediten el daño, el nexo de causalidad y el factor de atribución, sino que es menester y exigible una participación activa en la producción de prueba que acredite, como mínimo, su no culpa o la ruptura del nexo causal, dado que se encuentra en una situación de superioridad técnica (título universitario que hace presumir su capacidad) para dar las explicaciones de por qué ocurrió la insatisfacción del interés del cliente/acreedor.

6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS EN EL PERÚ

El ejercicio de la abogacía en Perú encuentra su base normativa en la Ley N° 1367 que fuera promulgada el 20 de diciembre de 1910, donde se crea el ilustre Colegio de Abogados de Lima como institución oficial al igual que los otros colegios que se establezcan en la República.

Esta ley tiene una estructura abierta y deja a los estatutos que se dé en cada colegio, la determinación de su creación en los distritos judiciales cuando los abogados sumen más de 12 (artículo 2) y el número de miembros y la distribución de los cargos de la junta directiva serán en cuanto lo permita el personal de los Colegios en la capital del distrito judicial, los mismos que actualmente tiene el Colegio de Abogados de Lima (art. 3).

El punto trascendente que marca una pauta de estilo está en el artículo 4, donde se estatuye que para ejercer la abogacía en un distrito judicial se requiere, además de las condiciones puntualizadas por las leyes vigentes, estar inscripto en la matrícula de abogados que llevan las respectivas cortes superiores, y para inscribirse en el Colegio de Abogados del distrito judicial basta presentar el oficio de la respectiva corte en la que se dé aviso de la inscripción y pagar los derechos respectivos.

Por su parte, el artículo 5 autoriza a los colegios a ejercer las facultades disciplinarias respecto de sus miembros empleando al efecto las medidas de amonestación privada o pública, apercibimiento y suspensión por seis meses en la primera vez y hasta por un año en caso de reincidencia contra los que por su conducta profesional se hicieran merecedores de dichas penas.⁵⁹ A partir de ello se crearon distintos colegios de

Editora Jurídica, 2013, volumen 17, pp. 299-319. El autor cita a Piraino, *Obbligazioni «di mezz»*, p. 139.

59 Artículo 6.- La amonestación podrá ser impuesta por la Junta Directiva; consultándose la resolución a la Junta General si no fuera apelada. Artículo 7.- El apercibimiento y la suspensión sólo podrá imponerlo la Junta General o a propuesta de la Junta Directiva y de la resolución

abogados, los cuales se han dado sus propios estatutos para el funcionamiento en sus distritos judiciales.⁶⁰

En cuanto al tema de interés para esta investigación, como es la relación profesional-cliente, es tratado en el Código de Ética promovido por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.⁶¹

En el «Preámbulo» del Código de Ética se indica como línea directriz que [...] la abogacía como profesión liberal, cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia, siendo su objetivo esencial la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general, y cuya acción no se limita al solo éxito de la causa que patrocina o de la función que cumple en el órgano jurisdiccional o en una entidad pública o privada, sino que busca conseguir que la convivencia social sea fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general, lo que implica cumplir deberes con la comunidad, con los colegas y consigo mismo, que si bien interesan a la propia dignidad, pero influyen de manera indirecta en el prestigio de esta noble profesión. Por tanto, la abogacía requiere un profundo conocimiento de la jurisprudencia, las leyes y el procedimiento de los tribunales, que se fundamentan en una tradición común de dignidad y de honor en la conducta del abogado, en la libertad de su ejercicio profesional y en un acentuado sentido de responsabilidad ante la sociedad, los clientes y los órganos jurisdiccionales.

Es por ello que comienza fijando (artículo 1) que sus disposiciones son obligatorias para todos los que ostenten el título de abogado y aplicable cualquiera sea la actividad, ámbito o función que desempeñen.

En los artículos siguientes (artículos 3/11) describe cuáles son los principios fundamentales que guían la actividad de los abogados.⁶²

de aquélla, en caso de suspensión, podrá interponerse apelación ante la Corte Superior, quién absolverá el grado conociendo del caso como jurado en sala plena y por mayoría absoluta de votos. Artículo 8.- Lo dispuesto en los artículos anteriores no menoscaba las atribuciones que en el mismo orden competen por las leyes a los jueces y tribunales de justicia de la República.

60 En la página <<http://www.conab.org/colegios>> se enumeran a los siguientes colegios de abogados: de Lima, de Arequipa, de Amazonas, de Áncash, de Apurímac, de Ayacucho, de Cajamarca, de Callao, de Cañete, de Cusco, de Del Santa, de Huancavelica, de Huánuco, de Huaura, de Ica, de Junín, de La Libertad, de Lambayeque, de Lima Norte, de Lima Sur, de Loreto, de Madre de Dios, de Moquegua, de Pasco, de Piura, de Puno, de San Martín, de Tacna, de Tumbes y de Ucayali.

61 Aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, realizada en la ciudad de Puno, el 24 de febrero del 2012 y modificado sus artículos 85 y 102 mediante fe de erratas, por error de tipeo, en la Asamblea General Extraordinaria de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, realizada en la ciudad de Tumbes, el 26 de mayo del 2012.

62 Misión del abogado, deberes y prohibiciones fundamentales. Artículo 3.- Misión de la profesión. La abogacía tiene por fin la defensa de los derechos de las personas y la consolidación

A partir del artículo 12 principian las disposiciones relacionadas con el comportamiento adecuado que debe tener el profesional en su vinculación con el cliente⁶³. Allí fija que «el abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el presente Código».⁶⁴

del Estado de derecho, la justicia y el orden social. La probidad e integridad de la conducta del abogado, cualquiera fuere el ámbito en el que se desempeñe, es esencial para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia, la vigencia del Estado de Derecho y la vida en sociedad. La transgresión de los principios éticos agravia a la Orden. Artículo 4.- Respeto del Estado de Derecho. El abogado es parte esencial de la defensa del orden democrático a través de su participación en el sistema jurídico del país. Por ello, debe respetar la función de la autoridad y ejercer el Derecho, cualquiera fuere el ámbito en que se desempeñe, con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe. El análisis crítico de las decisiones de la autoridad es un medio válido para defender los intereses del cliente y el Estado de Derecho. Artículo 5.- Esencia del deber profesional del abogado. El abogado y la abogada son servidores de la justicia y su deber profesional es defender los derechos de sus patrocinados, honrando la confianza depositada en su labor; la cual debe desempeñarse con estricta observancia de las normas jurídicas y de una conducta ética que refleje el honor y la dignidad profesional. Artículo 6.- Son deberes fundamentales del abogado: 1) Actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe; así como del honor y dignidad propios de la Profesión; 2) Orientar su actuación al servicio preferente de la sociedad y apoyar en especial a los sectores carentes de recursos económicos, para hacer prevalecer el Derecho y alcanzar Justicia; 3) Cumplir oportuna y eficientemente los demás deberes y obligaciones profesionales establecidas en la ley y en las normas del Colegio de Abogados al que pertenece. Artículo 7.- Obediencia de la ley El abogado debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, ni aconsejar actos ilegales. Debe promover la confianza del público en que la justicia puede alcanzarse con el cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho. Artículo 8.- Probidad e integridad. El abogado debe inspirar con sus actuaciones la confianza y el respeto de la ciudadanía por la profesión de abogado. Debe abstenerse de toda conducta que pueda desprestigiar la profesión. Artículo 9.- Deber de veracidad. En sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad. El abogado no debe realizar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes. Artículo 10.- Puntualidad. Es deber del abogado ejercitar la puntualidad en el cumplimiento de sus actividades profesionales. Artículo 11.- Actuación del abogado conforme al Código. El abogado debe actuar en todo momento, conforme a lo establecido por este Código. No debe utilizar a terceros para eludir el cumplimiento de dichas obligaciones.

63 PÁSARA, Luis. *Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar*. Lima: Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal - Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad y Departamento de Derecho, 2005, p. 36. El autor indica que «Usualmente la relación entre abogado y cliente es asimétrica, en razón de la poca información que éste último tiene respecto al universo cerrado del derecho y su funcionamiento. Desde una perspectiva de mercado, una relación asimétrica –en la que el cliente o consumidor no dispone del manejo de elementos objetivos para evaluar la calidad del producto– facilita la comisión de abusos por el proveedor del servicio».

64 Artículo 13.- Confianza recíproca. La relación abogado-cliente debe basarse en la confianza recíproca. Su constitución otorga legitimidad al cliente para exigir el cumplimiento de los deberes estipulados en el presente Código. Es recomendable que el abogado mantenga un

El deber de bien informar al cliente para que éste dé lo que modernamente se denomina consentimiento informado está reglamentado en el artículo 14 cuando indica que:

El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones del cliente; no actuará en un asunto sino por voluntad expresa del cliente y de acuerdo con el encargo encomendado. El abogado no debe contrariar la voluntad del cliente, aun cuando crea que ello sería lo más adecuado para la defensa del interés del cliente. En el supuesto que la voluntad del cliente pudiese perjudicar su propio interés, el abogado deberá explicarle oportunamente las implicancias de lo que desea lograr; no obstante, deberá respetar la decisión de su cliente respecto a los objetivos de la representación y los medios a utilizar para lograrlos. Cuando la capacidad del cliente para tomar decisiones razonadas sobre su propio interés esté afectada por minoría de edad, condición mental o cualquier otra razón, el abogado deberá consultar con individuos o entidades que tienen la capacidad de tomar decisiones para proteger el interés del cliente. El abogado debe adoptar las medidas que estime pertinentes si considera que la persona responsable está tomando decisiones que afectan el interés del cliente.

Evidentemente, estas normas tratan de reglamentar el conflicto entre el deber de informar al cliente y el respeto de su voluntad, especialmente cuando el abogado considera que la decisión adoptada y transmitida al profesional no es la correcta para la defensa de sus intereses. En ese caso se impone una tarea extra al profesional, pues debe cumplir con su función social que es informar adecuadamente al ciudadano cliente y tomar las precauciones necesarias para dejar constancia del cumplimiento de su deber de dar su opinión fundada de por qué razones fácticas y jurídicas el criterio del cliente es perjudicial para su propio interés. Ello, a futuro, le permitirá repeler cualquier acción en su contra por negligencia en su tarea de asesoramiento profesional.⁶⁵

registro actualizado de clientes, para efectos de poder cumplir a cabalidad con lo regulado en el presente Código.

- 65 Artículo 15.- Alcance del encargo. Al inicio de la relación profesional, el abogado debe explicarle al cliente con claridad, suficiencia e idoneidad los alcances e implicancias de la relación profesional. Es recomendable que el abogado establezca por escrito al inicio de la relación el alcance del encargo. En el supuesto que el abogado negocie cláusulas que le permitan ceder unilateralmente su posición contractual debe explicar previamente el alcance de dichas cláusulas al cliente y obtener su consentimiento informado. Artículo 17.- Contrato a favor de tercero. El abogado que patrocina a un cliente en un asunto en el que un tercero es quien contrata o paga por sus servicios, podrá con consentimiento del cliente, mantener informado al tercero respecto del desarrollo del patrocinio. Artículo 18.- Libertad de patrocinio. El abogado tiene el derecho de aceptar o rechazar un patrocinio, sin tener que justificar su decisión. El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garantizan el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable. Artículo 19.- Limitaciones del patrocinio. El abogado debe abstenerse de aceptar patrocinar en aquellas causas en donde haya estado en capacidad de conocer que: a) No podrá patrocinar

Cuando regula la renuncia facultativa⁶⁶ del patrocinio, el código autoriza al abogado a renunciar cuando; a) existan discrepancias con el cliente respecto de cómo llevar a cabo el patrocinio; b) el cliente sea negligente, no brinde la documentación requerida, no colabore con el patrocinio o incumpla sus obligaciones con el abogado; c) medie engaño u ocultamiento del cliente sobre hechos o información relevante para el patrocinio; d) el cliente persista reiteradamente en actos indebidos o actuaciones indecorosas respecto de la autoridad, la contraparte o terceros; e) no hubiese sido compensado oportunamente por sus servicios; f) no pueda representar al cliente adecuadamente; g) por decisión propia, sin expresión de causa.⁶⁷

Esta norma resulta trascendente pues enuncia cuáles son los deberes que tiene el cliente para con su abogado que en caso de no cumplir con ellos serán las causales exculporias que puede invocar el profesional para eximirse de responsabilidad por los daños posibles que pudiere padecer el cliente. Va de suyo que el profesional deberá documentarse de la situación para poder repeler la acción de daño y entre esas medidas está la facultad de renunciar expresamente al patrocinio. Mayor diligencia en la coleccion de los antecedentes deberá poner si continúa con el patrocinio.

Avanzando en el tema, específicamente el código describe, en el artículo 27, cuáles son los deberes con el cliente de competencia y diligencia profesional cuando especifica que «es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional». Ello concuerda con el contenido

al cliente adecuadamente. b) El fin o los medios propuestos para el patrocinio son ilegales. c) Exista conflicto de intereses, salvo que cuente con el consentimiento informado expreso de los involucrados. Artículo 20.- Independencia del abogado. El asumir el patrocinio de un cliente no constituye un aval o adhesión por parte del abogado de las ideas políticas, económicas, sociales o morales del cliente.

66 Artículo 21.- Renuncia obligatoria. El abogado debe renunciar al patrocinio cuando: a) Descubra que el fin o los medios son ilegales, particularmente si toma conocimiento que el cliente usó de manera directa o indirecta medios indebidos de contenido económico u otro tipo de beneficios respecto de la autoridad, la contraparte o terceros. b) Sobrevenga un conflicto de intereses con el cliente. c) La autoridad ordene la renuncia del abogado de oficio, en el marco de un proceso judicial.

67 Artículo 23.- Condiciones para renunciar al patrocinio. El abogado cuidará que su renuncia no perjudique sustancialmente el interés del cliente, debiendo comunicar su intención de renunciar con la debida antelación, facilitando la intervención de otro abogado y la entrega de la documentación que le fuera encomendada vinculada con el patrocinio, así como el dinero adelantado por honorarios que correspondan a servicios no prestados y gastos no incurridos, salvo por lo dispuesto en el artículo 42 del presente Código. Artículo 24.- Conclusión del patrocinio a solicitud del cliente. El cliente tiene derecho en cualquier momento a solicitar la conclusión del encargo, sin tener que expresar los motivos de su decisión. El abogado tendrá derecho a que se le paguen todos los conceptos acordados hasta la fecha de la conclusión del encargo. Artículo 25.- Sustitución de abogado. El abogado que asuma un patrocinio en sustitución de otro, deberá colaborar con el eficiente traslado del mismo. Salvo lo dispuesto por el artículo 42, el abogado sustituido deberá entregar al Cliente o su abogado la información y documentación necesaria para garantizar el debido patrocinio del cliente evitando en todo momento ocasionarle un perjuicio sustancial.

del artículo 28 que indica que «el abogado, en la defensa del interés del cliente, debe mantenerse actualizado en el conocimiento del Derecho, principalmente en el área de su especialidad, a través de una formación continua».

Como se colige de estas directivas, se impone al abogado el deber de diligencia, que es una exigencia común en todas las legislaciones consultadas del derecho comparado. Pero el punto novedoso es la exigencia de estar altamente actualizado en el conocimiento del derecho, pues se le exige tener un elevado estándar de competencia (entendida como capacidad técnica), particularmente en su especialidad. Es decir, puede darse la hipótesis que un profesional pueda ser demandado y condenado por mala praxis por carecer del conocimiento en derecho suficiente que le haya llevado a dar un consejo equivocado o iniciar una acción improcedentemente.

En otras palabras, toda esta normativa describe el perfil del *bonus advocatus* que se constituye en el parámetro comparativo ineludible para determinar si su capacidad técnica era idónea para el caso y su diligencia eficaz para tramitar la causa. Ello por cuanto se entiende que los deberes impuestos al abogado respecto de su cliente no son para sustentar la sanción ética, sino que –de igual modo– colaboran para definir en sede civil si el profesional incurrió o no en culpa.

En esta línea, el artículo 29 insiste y especifica en qué consiste la obligación de informar al cliente cuando regla que «el abogado tiene la obligación de mantener informado al cliente de todo asunto importante que surja en el desarrollo del patrocinio. Incurrir en responsabilidad el abogado que oculta o retrasa indebidamente información al cliente o le hace falsas o incompletas representaciones del estado de las gestiones encomendadas. En particular, el abogado debe informar ampliamente sobre los riesgos y alternativas de acción a evaluar para la defensa del interés del cliente. El abogado debe actuar atendiendo estrictamente a las instrucciones recibidas por el cliente y debe responder prontamente a las solicitudes razonables de información del cliente. Antes de aceptar un encargo, el abogado debe informar al cliente todas las circunstancias de sus relaciones con terceros que puedan estar inmersas en el asunto encomendado, así como sus intereses personales respecto de la controversia».

Esta directiva marca que el deber de informar no se agota al inicio de la relación contractual abogado-cliente, sino que debe ser satisfecha a lo largo de la misma.

El secreto profesional, de igual modo, aparece enumerado como deber de los profesionales de las ciencias jurídicas cuando prescribe su alcance en el artículo 30 al especificar que «el secreto profesional es el deber de reserva que tiene el abogado para proteger y mantener en la más estricta confidencialidad los hechos e información referidos a un cliente o potencial cliente que conoce con ocasión de la relación profesional», y definir, en el artículo 31, que la finalidad es garantizar «la relación de confianza que debe existir entre un abogado y su cliente para proporcionar un servicio legal óptimo. El abogado sólo utilizará la información confidencial en interés de su cliente. En caso de que el abogado cause daños económicos al cliente por revelar información confidencial debe reparar dichos daños».

Esta directiva tiene la particularidad de contener un mandato civil que es definir el deber de reparar el daño económico que el abogado ocasione a su cliente cuando revele información confidencial, excepto que haya una razón legal de justificación.⁶⁸ La reparación del daño no se encuentra entre las sanciones previstas por este Código en el artículo 102.⁶⁹

Luego de reglamentar el deber de lealtad y el conflicto de interés con el cliente en los artículos 38 a 44,⁷⁰ fija directivas respecto del cuidado que se debe tener en el manejo de los bienes de los clientes cuando establece que «los bienes que reciba el abogado en el marco del patrocinio deben ser administrados y conservados con cuidado, diligencia

68 Artículo 37.- Revelación obligatoria. El abogado deberá revelar ante la autoridad competente la información protegida por secreto profesional que sea necesaria, para evitar que el cliente cause un daño grave a la integridad física, psicológica o a la vida de una persona.

69 Artículo 102.- Sanciones. En caso de determinarse responsabilidad disciplinaria del denunciado, las medidas disciplinarias que pueden imponerse son las siguientes: a) Amonestación escrita, la cual quedará registrada en los archivos por un periodo de tres (03) meses. b) Amonestación con multa, la que quedará registrada en los archivos por un periodo de seis (06) meses. La multa no podrá exceder de 10 Unidades de Referencia Procesal. c) Suspensión en el ejercicio profesional hasta por dos (2) años. d) Separación del Colegiado hasta por cinco (5) años. e) Expulsión definitiva del Colegio Profesional.

70 Artículo 38.- Conflicto por interés personal El abogado no debe aceptar, ni continuar con el patrocinio, cuando su ejercicio profesional pueda verse afectado por intereses personales, por motivo de amistad, parentesco, factores ideológicos, políticos, culturales u otros análogos.

Artículo 39.- Conflicto por patrocinio simultáneo

El abogado no debe aceptar el patrocinio simultáneo de intereses directamente adversos en asuntos sustancialmente relacionados, salvo que cuente con el consentimiento informado de los clientes involucrados.

Artículo 40.- Conflicto sobreviviente. En caso que el conflicto de intereses sobrevenga una vez iniciado el patrocinio, el abogado deberá abstenerse de continuar con el mismo, adoptando las medidas pertinentes para evitar que su renuncie perjudique sustancialmente al cliente, salvo que medie consentimiento informado expreso y por escrito de los clientes involucrados.

Artículo 41.- Conflicto por patrocinio anterior. El abogado no debe aceptar un patrocinio cuando esté sustancialmente relacionado con uno anterior de otro Cliente que mantiene intereses adversos en el tema materia del nuevo patrocinio, salvo que se cuente con el consentimiento informado previo y por escrito de las partes. El abogado puede aceptar el nuevo patrocinio si éste se refiere a un encargo distinto, y no existe riesgo de que el abogado se vea limitado en el patrocinio por los deberes hacia el primer cliente.

Artículo 42.- Conflicto por ejercer un cargo como autoridad. Cuando un abogado deja de desempeñar un cargo como autoridad, no puede aceptar el patrocinio de un asunto que conoció directamente con ocasión del ejercicio del cargo. A su vez, un abogado que asume un cargo como autoridad debe abstenerse de resolver asuntos en los que él o su organización participaron o hayan participado directamente. Artículo 43.- Dispensa del conflicto de intereses. Los clientes involucrados son quienes deben dispensar el conflicto de intereses. La dispensa debe constar por escrito. El abogado no debe adoptar esta posibilidad como regla general en su ejercicio profesional, debe evitar estar involucrado la menor de las veces en supuestos de conflicto de intereses, para que no se vea afectada su independencia. Artículo 44.- Medidas preventivas. Para verificar la existencia de conflicto de intereses, el abogado debe implementar un sistema de registro de los patrocinios asumidos, identificando claramente el asunto, identidad del cliente y demás involucrados, así como de los abogados que participaron en el patrocinio.

y honradez, atendiendo estrictamente a las instrucciones recibidas de su cliente. Ante la falta de instrucciones, el abogado debe actuar en interés del cliente, con las atribuciones y responsabilidades de un depositario».⁷¹

Progresando en el estudio del adecuado ejercicio de la abogacía, es ineludible destacar la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, cuando incursiona en el análisis de la actuación del abogado en la litis.

En esa dirección, en un sustancioso pronunciamiento⁷² juzgó, como introducción al tema que

Muchos son los diagnósticos que se han realizado sobre el problema de la administración de justicia y su incidencia en la tutela de los derechos; no obstante, pocas veces se ha centrado la atención en el protagonismo de la abogacía en estos diagnósticos. Los abogados son una pieza fundamental en la prestación del servicio público de justicia y, por ello, tanto su formación a través de las facultades de Derecho, como la regulación y vigilancia

71 Artículo 46.- De los Fondos y su Reporte. Los fondos dinerarios u otros bienes fungibles que el abogado reciba en el marco del patrocinio deberán estar siempre a disposición del cliente o de sus causahabientes, informando prontamente al cliente de los bienes que reciba en el marco del patrocinio, solicitándole instrucciones al respecto. Artículo 47.- Documentos. Los documentos vinculados al patrocinio pertenecen al cliente, cualquier deterioro o destrucción de los mismos durante el patrocinio, será de responsabilidad del abogado. Dichos documentos estarán a disposición del cliente, los que le serán devueltos al culminar el patrocinio. Artículo 48.- Retención. Cuando el abogado prevea que hay un riesgo inminente para el cobro de cualquier crédito que tenga frente al cliente derivado del patrocinio, podrá excepcionalmente retener los bienes del cliente para garantizar su cobro siempre que los bienes guarden relación con dicho servicio. En ningún caso, procede la retención de documentos de identidad ni de cualquier tipo de documentación que el cliente requiera para asegurar su derecho de defensa en un proceso, incluyendo la defensa frente al abogado. Artículo 49.- Adquisición de bienes. Fuera del caso de cuota litis pactada por escrito con anterioridad a su intervención profesional, el abogado, su cónyuge y parientes hasta el primer grado de consanguinidad no pueden adquirir derechos patrimoniales por contrato, legado o subasta pública, directamente o indirectamente, que recaen sobre los bienes que son objeto de un litigio en el que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. La misma prohibición rige para el abogado, así como para su cónyuge y parientes hasta el primer grado de consanguinidad, que dictamina o informa sobre bienes, hasta después de un año de emitido el informe.

72 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Perú, Exp. n.º 8094-2005-PA/TC Universidad Los Ángeles de Chimbote, 29 agosto de 2005. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López. La base para pronunciarse sobre la conducta desplegada por el abogado se marca cuando se dice que «Estos hechos acreditan no sólo la falta absoluta de pruebas y argumentos que sustenten sus afirmaciones en esta vía, sino también la temeridad con que ha venido actuando el abogado patrocinante en el trámite del presente proceso de amparo. En este sentido, si bien la presente demanda debe rechazarse por este solo hecho y en aplicación de los artículos 38 y 40 del Código Procesal Constitucional, este Colegiado considera oportuno dejar establecidos algunos parámetros de actuación de los abogados en el marco de la ética en el ejercicio de la profesión y conforme a los deberes de lealtad con los valores constitucionales que constituyen el fundamento de organización de la justicia constitucional en el Estado democrático».

sobre su desempeño y permanente capacitación a través de los colegios de abogados, deben merecer la especial atención de los poderes públicos, puesto que de ello depende buena parte del éxito de las políticas judiciales en torno a la mejora de los niveles de efectividad y transparencia del servicio de justicia como un bien de prestación por parte del Estado. En este sentido, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en la Habana del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990, se aprobaron los «Principios Básicos sobre la función de los Abogados», estableciéndose en su apartado n.º 9, la necesidad de que [...] los gobiernos, las asociaciones de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

En el ámbito nacional, la propia Constitución, en su artículo 20, ha reconocido la institucionalidad y autonomía de los Colegios Profesionales que dentro de estos parámetros, deben coadyuvar a alcanzar las finalidades más altas en la consolidación del Estado social y democrático de derecho. En el ámbito de la profesión de la Abogacía, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú precisa, en su artículo 1, que el Abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia, un colaborador de su administración; y que su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado.

En su artículo 5, el mencionado Código señala también que [...] el Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa, en su artículo 284, que «La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho», estableciendo una amplia gama de derechos y de obligaciones, y entre los deberes de todo abogado, el artículo 288 incluye, entre otros, los de: 1.- Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados; 2.- Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; 3.- Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional.

Como correlato, la misma Ley Orgánica establece las potestades disciplinarias que puede imponer todo juez en el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de los abogados que incumplen estos deberes. En este sentido el artículo 292 establece que los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser

de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.⁷³

A continuación, puntualiza su capacidad jurisdiccional para entender el asunto al explicar que:

[...] el Tribunal considera que estas previsiones normativas no son sólo aplicables al ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino también, y con mayor celo aún, al ámbito de la justicia constitucional, que en nuestro país corresponde prestarla tanto al Poder Judicial como a este Tribunal. Sin perjuicio de ello, el Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 56 la potestad del juez constitucional de imputar el pago de costas y costos al demandante, cuya pretensión sea desestimada haber sido planteada con «manifiesta temeridad». La temeridad constituye un concepto que requiere ser delimitado objetivamente en cada caso donde el juez o tribunal ejerza la potestad de sanción, a efectos de condenar al pago de costos y costas, por lo que el Tribunal considera que su invocación no debe hacerse de modo discrecional.

Además, el fundamento que ampara el ejercicio de esta potestad del Tribunal no se encuentra sólo en la Ley, sino que se desprende de la necesidad de controlar y sancionar la mala utilización de un recurso escaso como es la justicia constitucional. En este sentido hemos precisado recientemente que [...] no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes (Exp. 06712-2005-HC/TC, f. j. 65).⁷⁴

Finalmente, examina que:

En el caso de autos, esta actitud temeraria se observa no bien se toma en cuenta que la decisión jurisdiccional que se pretende dejar sin efecto a través del presente proceso, no sólo no afectaba los derechos que han sido invocados, puesto que sólo tenía como efecto la designación de un administrador judicial provisional y, en ese sentido, no podía afectar ni la propiedad ni la libertad de trabajo y de empresa, como alega el recurrente, sino que, además, al momento de interponerse la presente demanda, dicha medida

73 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Perú, Exp. n.º 8094-2005-PA/TC Universidad Los Ángeles de Chimbote, 29 agosto de 2005. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López.

74 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Perú, Exp. n.º 8094-2005-PA/TC Universidad Los Ángeles de Chimbote, 29 agosto de 2005. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López.

cautelar había caducado con todos sus efectos, tal como lo ha denunciado la magistrada emplazada.

A efectos de erradicar este tipo de prácticas, que atiborran los despachos judiciales con demandas sin ningún sustento fáctico ni jurídico, este Tribunal ha asumido la firme determinación de ejercer sus potestades y competencias, a efectos de impedir este tipo de actuaciones de parte de algunos abogados, que con este tipo de comportamientos, contrarios a la ética profesional y al propio sistema jurídico, pretenden socavar la atención oportuna de las auténticas demandas de justicia constitucional.

En este sentido, debe recordarse que el Estado constitucional requiere la participación del conjunto de la sociedad en la vigilancia de los valores y principios en que se inspira y, de manera especial, requiere de un compromiso de lealtad con estos principios de parte de quienes ejercen la profesión de la abogacía como sujetos dotados de conocimientos y pericias en la técnica jurídica, que es la mejor herramienta de control del poder en el Estado democrático. Si quienes están formados en el conocimiento del Derecho utilizan estas capacidades para engañar, confundir, manipular, tergiversar hechos o, en resumen, para obstaculizar la prestación del servicio de justicia por parte del Estado, entonces su actuación constituye un claro desafío para la realización misma de los valores que persigue el Estado constitucional y debe merecer una oportuna actuación de parte de los poderes públicos y, en especial, de parte de los tribunales quien[es] son los mejores observadores de su desenvolvimiento.

En este entendimiento, el Tribunal considera necesario llamar la atención de los colegios de abogados a efectos de que participen dentro de sus funciones y competencias, tanto con la labor de control y fiscalización del comportamiento de sus agremiados en los procesos judiciales, como también promoviendo su permanente capacitación y perfeccionamiento, que redundará en la mejora de la calidad del servicio de justicia. Así mismo, los jueces de toda la República deben mantenerse alertas ante la utilización indebida de los recursos procesales, a efectos de ejercer sus potestades aplicando de manera efectiva las amonestaciones y sanciones que están previstas en el ordenamiento. Una campaña permanente en esta dirección ayudará también a crear conciencia sobre el rol que corresponde a la abogacía en el ejercicio de una defensa responsable de los derechos de sus patrocinados, y en la mejora de la calidad del servicio público de justicia; por otro lado, permitirá optimizar la tutela de los derechos fundamentales atendiendo oportunamente las demandas que sí requieren una actuación rápida de parte de la judicatura.

En lo que concierne al caso de autos, tal como lo pusieramos de manifiesto *supra*, el abogado de la demandante no sólo conocía de la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso, sino que, además, pretendió sorprender a la judicatura constitucional, incluyendo a este Colegiado, a efectos de que se ordene la anulación de un acto jurisdiccional que había

sido dictado conforme a las normas procesales vigentes, y que al momento de presentarse la presente demanda ya había caducado puesto que, al interponerse la demanda que suscitó la medida cautelar fuera de proceso, ésta había sido ya archivada al no haberse subsanado las omisiones procesales que habían sido advertidas en la etapa de postulación del proceso.

En consecuencia, este Colegiado considera que la conducta temeraria no sólo debe imputarse a la parte demandante, sino también al abogado que autorizó el escrito de demanda y los sucesivos recursos. En tal sentido, y conforme a lo que prevé el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal impone el pago de los costos procesales conforme a la liquidación que se establezca en la etapa de ejecución de la presente sentencia, la misma que deberá ser pagada por la demandante, estableciéndose además, por concepto de multa y conforme al artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el pago de 10 URP que deberá ser abonado por el abogado o por los abogados que autorizaron los escritos desde la etapa de postulación y hasta el recurso que dio origen a la presente sentencia y en forma solidaria.⁷⁵

El rango del tribunal, indica la interpretación transcripta, es una pauta señera de cómo debe ser el actuar correcto de los profesionales de la abogacía en Perú, la cual, sin lugar a dudas, debe ser tenida en cuenta por los otros órganos jurisdiccionales y por los propios colegios de abogados para tomar las medidas adecuadas y sancionar las transgresiones al Código de Ética.

En otro pronunciamiento que resulta digno de mención porque trata el tema de la competencia, entendida –como se dijo– como capacidad técnica en los temas del Derecho, el Tribunal Constitucional dijo que:

El presente caso, por lo demás, pone de manifiesto, una vez más, que la contratación de estudios de abogados, como también ocurre con otros servicios de tercerización, no estaría siendo controlado adecuadamente, al menos con relación a la calidad del servicio. A esta conclusión puede arribarse de la simple lectura de la demanda de autos.

En efecto, en el punto 3, al fundamentar la supuesta violación al debido proceso, el abogado que suscribe la demanda sostiene: «El derecho a un debido proceso no está contemplado en forma explícita en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, pero ello no impide que califique como un derecho constitucional, en virtud de lo contemplado en el artículo 3 del texto constitucional [...]», de este modo para el abogado que suscribe la presente demanda es en base al artículo 3 de la Constitución, «que el derecho al debido proceso califica como derecho constitucional», puesto que «el dere-

75 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Perú, Exp. n.º 8094-2005-PA/TC Universidad Los Ángeles de Chimbote, 29 agosto de 2005. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López.

cho a un debido proceso es un derecho implícitamente reconocido por la Constitución [...]».

Ello pone de manifiesto, en el presente caso, la discutible calidad de los servicios profesionales de los estudios que son contratados por la ONP, pues como es conocido, el debido proceso se encuentra explícitamente reconocido como derecho constitucional en el artículo 139.3 de la Constitución, que establece que «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.⁷⁶

Por otra parte, resalta el fallo que:

Quizá como consecuencia de ello es que también la Defensoría ha podido constatar en su Informe que dichos estudios no conocen o no quieren reconocer en el ejercicio de su defensa de la ONP, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que resuelven conflictos con carácter vinculante para casos similares, «obligando de esta forma a que el asegurado o pensionista que busca el otorgamiento de un determinado derecho pensionario, y cuyo pedido se encuentra sustentado en la jurisprudencia constitucional de un caso idéntico al suyo, tenga que recurrir a un nuevo proceso judicial a fin de obtener una sentencia que se aplique a su caso concreto» (Informe n.º 135 p. 142).

Por tanto, es posible concluir que la defensa que hace la ONP a nivel judicial en las contestaciones de demanda, en abierta contradicción de la jurisprudencia pensionaria vigente, desnaturaliza el objeto de la defensa judicial del Estado.

Esta situación, que conspira contra la ética de la profesión legal, pero que al mismo tiempo interfiere en el efectivo goce de los derechos pensionarios, debe ser valuada en esta ocasión por este Colegiado, a partir de un enfoque integral, esto es, tomando en cuenta las múltiples ocasiones en que se ha dado respuesta a la ONP respecto de situaciones de reiterado desacato a las decisiones de los órganos judiciales y, en especial, de este Tribunal, como también ocurre en el presente caso.

Tomando en cuenta esta base fáctica el tribunal sostuvo que:

Constituye, entonces, un deber indiscutible de la defensa a cargo de los intereses de la ONP conocer estos criterios jurisprudenciales y, desde luego, acatarlos. En el mismo sentido, constituye también deber igualmente ineludible de los funcionarios de la ONP, bajo responsabilidad, desde el más alto cargo en su jerarquía organizacional, el acatar las decisiones judiciales y, en especial, las de este Colegiado, lo que impone la obligación de no seguir avalando demandas o escritos con la única intención de interferir en

76 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Perú, Exp. n.º 05561-2007-PA/TC Oficina de Normalización Previsional, 24 marzo de 2010. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López.

el disfrute oportuno de los derechos que corresponden a los pensionistas de los diferentes regímenes pensionarios y que hayan sido determinados o por las leyes o por las decisiones judiciales, como ocurre en el presente caso. Una actitud renuente y reiterada de desacato a la ley y/o a las decisiones judiciales supone una clara afrenta al deber de protección de los derechos, encomendado por la Constitución a la ONP a través de los artículos 10 y 11, y constituye un supuesto claro de incumplimiento del mandato de «eficaz funcionamiento» que dimana del sistema de seguridad social a que se refiere el artículo 11 de la Norma Fundamental.

En consecuencia, el ejercicio de los abogados contratados por la ONP y de los funcionarios que la avalan en el presente proceso constituye un acto de temeridad procesal que debe ser sancionado en el marco de las competencias de este Colegiado, conforme a la jurisprudencia al respecto y en el marco de lo establecido en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional. Ello, como se ha adelantado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles a que haya lugar por la manifiesta incompetencia en la prestación del servicio de asesoría a la ONP por parte del estudio contratado para el presente caso, responsabilidades que deben ser evaluadas por las instancias correspondientes.⁷⁷

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por la claridad cordillerana de sus conceptos que procuran la calidad institucional de la abogacía, no puede dejar de ser transcripto literalmente cuando indica que:

De otro lado, las actuaciones judiciales de los abogados contratados por la ONP ponen también de manifiesto ante este Colegiado que la entidad

77 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Exp. n.º 05561-2007-PA/TC Oficina de Normalización Previsional, 24 marzo de 2010. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López. En el fallo expresamente se remitió una «III.2. Exhortación a los órganos competentes respecto de la actuación de la ONP. En tal sentido, este Colegiado considera que las situaciones descritas, relativas a la gestión de la ONP en los últimos años y, en especial, su accionar en los procesos judiciales frente a las reclamaciones de los pensionistas y jubilados de los diferentes regímenes pensionarios, merecen ser investigadas en las instancias correspondientes, ya sea por parte del propio Congreso de la República, en el marco de sus facultades a que se contrae el artículo 102.2 de la Constitución, o por los órganos de Control de la Contraloría General de la República en el marco de sus funciones encomendadas en el artículo 82 de la Constitución, así como en su propia Ley Orgánica, de manera de controlar el uso de los recursos públicos en el pago de honorarios de abogados particulares y estudios que, en la mayoría de los casos, convierten el ejercicio de la abogacía y la defensa letrada en una suerte de fábrica de recursos y excepciones procesales que presentan a los despachos judiciales sin ningún escrúpulo ni control, pese a conocer de su evidente falta de sustento. Tales comportamientos irresponsables y contrarios a la ética profesional de la abogacía, resultan doblemente perniciosos. Por un lado, generan frustración y desasosiego en los pensionistas que no cuentan con los recursos para hacer frente a las “estrategias legales” del propio Estado, y por otro, abarrotan los despachos judiciales, distrayendo la atención que merecen los casos que realmente requieren la actuación inmediata y oportuna de los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos fundamentales».

recurrente viene utilizando los procesos constitucionales para desacatar sentencias constitucionales que tienen calidad de cosa juzgada, sin tener ningún fundamento jurídico que la ampare, por lo que las instancias judiciales encargadas de la ejecución de dichas sentencias deben utilizar las facultades coercitivas contenidas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional. Se tiene además que en el caso de autos la recurrente, al haber presentado una demanda de amparo con argumentos que claramente se contraponen a lo resuelto por este Colegiado en casos similares y de los que la referida entidad ha sido debidamente notificada, ha incurrido en temeridad procesal manifiesta, resultando de aplicación el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

En tal sentido, y conforme lo establece el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses».

Sobre el particular este Colegiado ha establecido que «[...] estas previsiones normativas no son sólo aplicables al ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino también, y con mayor celo aún, al ámbito de la justicia constitucional, que en nuestro país corresponde prestarla tanto al Poder Judicial como a este Tribunal» (STC 8094-2005-PA/TC).

En el caso de autos, el abogado que presentó la demanda estaba obligado a conocer de las normas éticas y procesales, así como la propia jurisprudencia de este Colegiado que, como ha quedado dicho, había establecido en más de una oportunidad la procedencia del pago de intereses como consecuencia de devengados dejados de pagar en forma unilateral por la ONP, por lo que la articulación de un nuevo proceso constitucional para revisar indirectamente el criterio público de este Colegiado en este tipo de supuestos, constituye un abierto desacato a sus decisiones y configura un supuesto de temeridad procesal que debe ser sancionado conforme al artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este punto, este Tribunal debe llamar la atención de las instancias judiciales para que ejerzan sus potestades disciplinarias, reprimiendo la mala fe y la temeridad procesal en el marco de sus atribuciones conforme a las normas procesales y a la Ley Orgánica del Poder Judicial. No es posible que nuestro país logre estándares mínimos en la protección de los derechos de los ciudadanos, sin una actitud de compromiso de parte de los abogados a quienes corresponde la defensa de los ciudadanos y también de las instituciones públicas, ya sea a través de las procuradurías o las defensorías de

oficio, o también a través de contratos estatales de servicios profesionales con estudios o abogados independientes.

Así también lo exige el artículo 1 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, que precisa que «El Abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado», mientras que en el artículo 5 de este mismo instrumento normativo de la abogacía peruana establece que «El Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios».

En tal sentido, este Colegiado invoca a los entes del Estado, en particular a las más altas autoridades de la ONP y del Poder Ejecutivo, a efectos de que al evaluar el rendimiento o calidad del servicio profesional de los abogados y procuradores no dejen de atender estos principios básicos de su actuación. El Estado no puede propiciar la defensa legal que no se sustente en un estricto comportamiento ético o que no esté basada en los deberes de lealtad, veracidad y justicia, principios de los que no puede desprenderse el ejercicio profesional de la abogacía en el marco de un Estado constitucional de derecho. Desde el Estado no se puede pagar por recursos dilatorios o por entorpecer la justicia sin incurrir en un doble discurso o una doble moral, en la que por un lado se actúa para hacer cumplir la ley y, por otro, el propio Estado se convierte en violador de la ley y los derechos.

Como se ha tenido ocasión de establecer en otra ocasión, «La construcción y consolidación del Estado social y democrático de derecho en nuestro país requiere de una actitud comprometida de parte de todos los poderes públicos y, de manera especial, de quienes en nombre del Estado ejercen la función pública como delegación. Los funcionarios públicos, desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la República, conforme al artículo 39 de la Constitución, están al servicio de la nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano, definido como Estado social y democrático de derecho conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución» (STC 3149-2004-AC/TC).

Conviene preguntarse entonces en tono crítico: ¿resulta ético y jurídicamente amparable que el Estado haga padecer diariamente a los pensionistas regateando pensiones mínimas mientras, al mismo tiempo, contrata sin regateos los costosos servicios profesionales de estudios de abogados, cuya única finalidad, en el plano judicial, es oponerse con absurdos e infundados escritos a los reclamos de los jubilados?; ¿podemos seguir asistiendo a este espectáculo de escritos y excepciones procesales, los más carentes de fundamentos, que se reparten en los despachos judiciales con el aval irresponsable

de las autoridades de la ONP, dilatando la comprensible expectativa de los pensionistas de acceder al goce de su derecho fundamental?»,⁷⁸

El profesor Figueroa Gutarra estudió las facultades de los tribunales constitucionales cuando existía abuso del derecho de defensa como ha sido tratado en el caso antes relatado, y al respecto señaló que «el derecho de defensa se vincula estrechamente al alegato de la verdad de los hechos por parte del abogado», motivo por el cual «la ausencia de verdad y malicia procesal conducen a un escenario contradictorio que podemos, finalmente, denominar “abuso del derecho”, lo cual representa lo opuesto a la *lex artis*». Por ello, «el derecho de defensa, en su faz negativa, representa un inadecuado ejercicio del mismo y deriva en la responsabilidad del abogado. En efecto, si el deber y la obligación de la diligencia profesional no son cumplidas, sea por faltar a la verdad, sea porque existe malicia procesal, entonces asumimos que se configura una situación de responsabilidad».⁷⁹

En función del desarrollo realizado, que en sus partes relevantes hemos transcritto, este autor entiende que «ambos elementos debidamente interrelacionados, nos conducen al recusable escenario de abogados que incurren en conductas de abuso, contrarias al deber de defensa que impone todo proceso. Mas existe una circunstancia agravante: si el abuso de derecho de defensa se produce en un proceso constitucional, la vulneración al ordenamiento jurídico es doble: en primer plano se rompe la armonía de corrección que exige una litis regular; y, en segundo plano, constituye circunstancia agravante que la lesión reprobada precisamente tenga lugar en el seno de un proceso constitucional, cuyo ámbito es la tutela urgente y la pronta y célebre impartición de justicia constitucional. En razón de ello, los órganos jurisdiccionales –Tribunal Constitucional y jueces constitucionales del Poder Judicial– resultan plenamente legitimados para la imposición de sanciones pecuniarias, las cuales deben continuar en el propósito de contribuir a la formación de los valores y contenidos axiológicos que reclama la justicia constitucional».⁸⁰

Esta cita permite ingresar al estudio de la responsabilidad civil de los abogados propiamente dicha, donde se toma como punto de partida el contenido del artículo 1762 del Código Civil peruano, en el cual se regula la responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos al decir que «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».

78 Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Lima, Perú, Expte. n.º 05561-2007-PA/TC Oficina de Normalización Previsional, 24 marzo de 2010. Gentileza del Dr. Edgardo Torres López.

79 FIGUEROA GUTARRA, Edwin. «Abuso del derecho de defensa en los procesos constitucionales». En blog *Reflexiones en la magistratura constitucional*, Lima, diciembre 2010. Disponible en <<http://edwinfigueroag.wordpress.com/k-el-abuso-del-derecho-de-defensa-en-los-procesos-constitucionales/>>.

80 *Ibidem*.

A primera lectura, este artículo, que sigue los lineamientos del artículo 2236 del Código Civil italiano,⁸¹ plantea como duda a responder si regula como principio general la irresponsabilidad del profesional con excepción de que su actuar fuere doloso o con culpa inexcusable, o es una norma que regla un régimen especial para una situación particular que se puede presentar en el accionar de los profesionales.⁸²

Sin lugar a dudas, el primer criterio se enfrenta con las tendencias modernas que consagran un pie de igualdad para ponderar la responsabilidad de todos los sujetos, al crear un privilegio en favor de los profesionales.

El pensamiento mayoritario de la doctrina civilista peruana ha tenido palabras de censura contra la redacción de la norma y han esforzado la hermenéutica para reducir el alcance de la irresponsabilidad a su mínima expresión llegando, incluso, algunos autores a proponer la derogación del artículo analizado.⁸³

Espinoza Espinoza recuerda que «Arias Schreiber puso en tela de juicio el artículo 1762 C.C., por cuanto su redacción podía llamar a confusión, privilegiando injustamente a los profesionales frente a los demás obligados a la prestación de servicios». Y que Cárdenas Quirós sugirió que la disjunción del artículo 1762 C.C. debe entenderse como «asuntos profesionales de especial dificultad» o «problemas técnicos de especial dificultad». Posición a la cual, en su momento, me adherí. En efecto, el aporte del legislador peruano al modelo jurídico italiano fue el de «asuntos profesionales» y, consiguientemente, el carácter de «especial dificultad» también le debería ser común.⁸⁴

El profesor citado, luego de recordar la transformación de las profesiones liberales ejercidas por las élites intelectuales a las actividades profesionales como prestaciones de

81 Código Civil Italia: CAPO II - Delle professioni intellettuali, articolo 2236.-Responsabilità del prestatore d'opera. Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (1176).

82 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales». En *Dike* - Portal de información y opinión legal de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Disponible en <<http://dike.pucp.edu.pe>>, recuerda en su trabajo que DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Exposición de motivos y comentarios. Prestación de Servicios". En REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil VI. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, p. 446, entendió que «En la aplicación de reglas científicas sólo debe incurrirse en responsabilidad en los casos de dolo y culpa inexcusable, como sería el desconocimiento de tales reglas o su indebida aplicación por negligencia grave, mas no cuando se trate de una equivocación en que no hay mala fe de parte del deudor y que sólo obedece a una falta de diligencia ordinaria en la solución de problemas técnicos de especial dificultad».

83 PAZOS HAYASHIDA, Javier. "Comentario al artículo 1762". En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, tomo IX, p. 159. Este autor sostiene que «El régimen de responsabilidad profesional estaría contemplado en el artículo 1762 de manera exclusiva, no aplicándose las reglas generales que sobre responsabilidad civil están establecidas en el Código peruano. Esta situación abre la puerta, como es claro, al establecimiento de soluciones claramente injustas para la víctima protegiendo, de una manera absurdamente tradicional, los intereses de los profesionales. Entendemos que la mejor alternativa para solucionar este problema sería la derogación del artículo 1762 y someter la responsabilidad profesional al régimen general que sobre responsabilidad civil contractual se ha establecido».

84 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 325.

servicios en general que constituyen el medio de vida de las personas, comparte la idea de que las profesiones se han extendido de tal manera que ya no es un criterio seguro ni práctico de demarcación de las actividades sociales y, en atención a ello, un modelo jurídico más justo sería el que prescindiera de esta situación de privilegio. Sin embargo, las coordenadas legislativas regulan esta disparidad de tratamiento y el artículo 1762 tiene que ser aplicado a la luz del principio de igualdad sustantiva. Esto se puede lograr interpretando este *saldo de inmunidad histórica* de una manera restrictiva, vale decir, cuando el profesional intervenga en aquellos casos en los cuales la ciencia no ha dado una respuesta cierta ni definitiva.⁸⁵

Teniendo en cuenta el criterio plasmado por el autor en el final de la frase se verifica que en el caso de la abogacía, el parámetro de competencia exigido por el Código de Ética, y ratificado por la doctrina del Tribunal Constitucional antes transcrita, en su artículo 27 impone defender el interés de su cliente «con un elevado estándar de competencia profesional».⁸⁶ Es decir, exige un alto grado de especialización, razón por la cual el abogado incurrirá en culpa inexcusable, por ejemplo, cuando desconozca el texto de la norma o la dirección prevaleciente de la doctrina en determinado asunto porque ellas están documentadas y son asequibles al conocimiento del profesional. Ello es así porque estos instrumentos serían la respuesta cierta, considera idónea, en un determinado momento histórico dado por la ciencia jurídica. En cuanto a la característica de definitividad, no puede ser tenida en cuenta en esta rama del saber dado que el concepto de justicia se encuentra en permanente dinámica en cada sociedad. Además de ello, la interpretación última no depende del abogado, sino del juez que define el pleito, razón por la cual el umbral mínimo de diligencia del profesional es conocer cuáles son las tendencias hermenéuticas a fin de situar a su cliente en la posición más favorable a sus intereses.

A partir de ello, no cabe lugar a hesitación que la norma contenida en el artículo 1762 del Código Civil tiene en cuenta el factor riesgo que se da cuando la ciencia no tiene una respuesta cierta conforme la evolución de su tiempo sobre un determinado tema, método o práctica, marcando con ello que cuando la prestación del servicio tenga problemas técnicos de especial dificultad, se fija un factor de atribución especial (dolo o culpa inexcusable) para justificar el accionar profesional siguiendo la pauta científica del momento, que es actuar con la diligencia media, normal, de un buen profesional. Pero en el ejercicio de la abogacía, el «riesgo» en la esfera de la competencia (capacidad) tiene características especiales por cuanto hay referencias muy estables como es el conocimiento de las normas jurídicas que están vigentes, la doctrina de los autores y jurisprudencia aplicable al caso. En cuanto a la diligencia, es la exigible a cualquier abogado en las mismas circunstancias.

Por ello, el artículo 1762 Cód. Civ. del Perú debe ser interpretado en el contexto normativo general que principia en la Constitución Política (control de constituciona-

85 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*

86 PÁSARA, Luis. *Op. cit.*, p. 62. Este autor hace un pormenorizado e imperdible análisis del actuar profesional de los abogados en Lima.

lidad) y sistémico con el resto de las normas sustanciales y procesales que conduce a entender que es una norma de la cual el Código Civil pudo prescindir dado que, de igual modo, corresponde en derecho tener en cuenta al momento de definir si hubo o no culpa en el accionar profesional si la actividad realizada está dentro del parámetro científico del momento. Ello por cuanto si no existe certeza científica no se le puede exigir al profesional que adopte la solución que está en etapa de experimentación.

En el mundo de la ciencia jurídica, el profesional debidamente capacitado se encuentra con una situación que excede el marco de su responsabilidad como es el criterio que adopte el juez para definir la litis que se le plantea.

Atento a ello, el punto de trascendencia se traslada a conocer de quién será la carga de probar los presupuestos de responsabilidad, especialmente el factor de atribución. En este sentido se verifica que el artículo 1330 del C.C.P. se complementa con el artículo 1762 analizado cuando dice que «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 este particular caso, la norma está atribuyendo la carga de probar el factor de atribución al cliente del abogado (víctima del daño contractual), pero será el profesional quien deba previamente acreditar, en un proceso por mala praxis, que se trataba de «asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad».

Si ello no es acreditado, opera automáticamente la norma del artículo 1329 donde «presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor»,⁸⁷ cargando el profesional con el deber de acreditar que actuó con diligencia en el marco indicado por la ciencia jurídica vigente en el momento de realizar la actividad.

Evidentemente, si acredita una especial dificultad en el caso encomendado, la carga probatoria impuesta al acreedor víctima del daño es severa e injustificada por cuanto debería, como mínimo, probar que el profesional no empleó la diligencia media o no tenía los conocimientos técnicos requeridos a un abogado con capacidad normal exigible para prestar el servicio profesional comprometido.⁸⁸

Por ello, la hermenéutica del artículo 1762 del C.C.P. debe ser estricta porque regula una situación particular que pone en situación de privilegio al profesional de la abogacía frente a su cliente, dado que produce el desequilibrio de la *par conditio* procesal.

Estas reflexiones finales que tienen como propósito conocer las vicisitudes del ejercicio profesional cuando se verifica una mala praxis, como se expresara *ab initio*, expresan un sentido homenaje a la abogacía del Perú, noble país anfitrión.

87 Artículo 1331 C.C.P. Prueba de daños y perjuicios. La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

88 Ver: ALFERILLO, Pascual. «La reconocibilidad del error en el Código Civil». Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, volumen 40-41, n.º 1-2, pp. 223-235, enero 1976 - diciembre 1977, web Academia Nacional de Derecho y C.S. de Córdoba, Argentina.

ASPECTOS ESENCIALES DEL PODER POR REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

*Roger Vidal Ramos**

Sumario: 1. Introducción.– 2. La representación.– 3. Sujetos de la representación.– 4. La representación voluntaria.– 5. La revocación del poder.– 6. Irrevocabilidad del poder.– 7. Cas. n.º 445-2011 Puno (poder revocado).– 8. Cas. n.º 1073-2004 Callao (falso procurador).– 9. Resolución contractual sin poder.– 10. Cas. n.º 870-2014 Lima Norte (persona natural *versus* asociación de propietarios).– 11. El apoderado lesionado y su enriquecimiento ilícito.– 12. El poder en el arbitraje.

1. INTRODUCCIÓN

El poder se torna una institución jurídica primordial del derecho civil peruano, por cuanto su aplicación es ejercida de manera perfecta en una sociedad cada vez más dinamizada por su crecimiento económico, y con ello la constante escasez de tiempo de las personas naturales y jurídicas.

Por estas razones, se permite delegar o apoderar diversas actividades personales, contractuales y procesales, lo cual implica un ahorro de tiempo y dinero, generando el intercambio de relaciones civiles y contractuales fluidas y con estricto respeto al principio de seguridad jurídica.

* Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Magíster 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, estudios de postgrado en el Programa de Formación de Árbitros de la Universidad ESAN, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres, Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco y Universidad Privada del Norte, Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Fundador de Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

El presente trabajo tiene por finalidad brindar algunas reflexiones generales del poder por representación, según lo regulado en el Código Civil peruano, criterios de algunos fallos establecidos por la Corte Suprema de la República, y en forma breve, en lo pertinente a la ley de arbitraje; y, a su vez, otorgar importancia a la aplicación en la práctica legal, para lo cual estaremos comentando algunas casaciones y experiencias profesionales.

Con el ánimo de generar en los lectores especial atención en la figura del poder por representación, resaltaremos citas del trabajo del destacado profesor Leysser León, en el enigmático «Conde Drácula» y sus poderes:

Como el Conde Drácula, sin apartarse de su castillo en Transilvania ni de la compañía de sus cortesanas ni del arrullo de los aullidos de «los hijos de la noche» pudo comprar una propiedad (*a real estate*) en la lejana Londres, con el fin de emprender, desde el corazón del imperio británico, su siniestro cometido de poblar al mundo con sus congéneres, para así dominarlo.¹

Recuérdese que el objetivo del Conde es comprar su primera casa en Inglaterra, al margen de toda intromisión de los circunstantes, para lo cual se sirve de la labor de los *solicitors*, que le son deudores de estrictos deberes de confidencialidad, a los cuales Stoker, con celo de persona entendida en estos menesteres, no deja de hacer referencia. La meta puede alcanzarse siempre que Drácula, de acuerdo con una práctica jurídica del lugar donde realiza la adquisición, se mantenga como *undisclosed principal*, de modo que el tercero, que incluso podría conocer que el *agent* actúa por cuenta de otro, no sabe de quién se trata, ¿se conseguiría este fin en los ordenamientos regidos por el derecho civil, con el recurso a un contrato de mandato sin representación?²

El Código Civil, regula el poder general y especial, bajo las pautas del artículo 155,³ en el mismo que se expresa de forma muy sencilla y concreta, al poder general, la limitación exclusiva de cumplir con los diversos actos de administración y estableciendo que, para ejercer disposición de derechos patrimoniales, se requiere que el poder pueda ser elevado a escritura pública. Tal como lo establece el artículo 156,⁴ el incumplimiento de tal formalidad *ad solemnitatem*, deviene en una causal de nulidad del acto jurídico.

1 LEÓN HILARIO, Leysser. «Los poderes (de representación) del Conde Drácula». En *Cómo evitar poderes ineficaces*. AA. VV. Chipana, Jhoel (coord.). Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 292.

2 *Ibidem*, p. 303.

3 Poder general y especial:

Artículo 155.- El poder general sólo comprende los actos de administración. El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

4 Poder por escritura pública para actos de disposición.

Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

A su vez, permaneciendo indispensable, se cumple con la debida diligencia de expresar de forma contundente y desprovista de cualquier duda, sobre la identificación y condiciones bajo las cuales, el apoderado podría disponer o gravar los bienes del poderdante.⁵

El poder, según el artículo 157,⁶ prescribe una obligación personalísima o *intuitu personae*, la cual exige que el apoderado, debe cumplir de manera personal las facultades y/o obligaciones precisadas en el poder, y que no se contempla posibilidad alguna de que un tercero pueda pretender ejercer los derechos del poderdante, salvo que exista en el poder una cláusula de delegación de facultades y ejercicio simultaneo con coapoderados.

El artículo 167,⁷ exige de la autorización expresa para disponer, gravar, celebrar transacciones, convenios arbitrales o cualquiera de otros actos jurídicos donde la ley exija autorización literal. En un supuesto de incumplimiento, se mantiene vigente la posibilidad de interponer una acción de nulidad del acto jurídico ante la falta de apoderamiento especial.

La representación directa sin poder, es aquella donde el representante actúa sin haber autorizado por el representado o habiéndose excedido de los poderes recibidos de éste.

Betti señala que la representación sin poder se produce cuando el representante no respeta los límites de los poderes otorgados, o se encuentra en conflicto de intereses con el representado o la actuación se dio cuando la representación había finalizado (límite temporal), o se comporta como representante sin haber sido nunca tal.⁸

2. LA REPRESENTACIÓN

García Amigo, expresa que «la función económico-social» que cumple la representación, es de una importancia vital en el tráfico jurídico moderno. Y que fue por esta misma función y por su utilidad práctica, que la representación terminó por imponerse.

5 VIDAL RAMOS, Roger. «El poder por representación y sus implicancias». En *Cómo evitar poderes ineficaces*. AA. VV. Chipana, Jhoel (coord.). Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pp. 183-184.

6 Carácter personal de la representación.

Artículo 157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

7 Poder especial para actos de disposición.

Artículo 167.- Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.

2. Celebrar transacciones.

3. Celebrar compromiso arbitral; y

4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

8 BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943, pp. 449-450. Citado por REYES SAMANAMU, Julissa. «Ineficacia de los actos jurídicos celebrados mediante representación directa sin poder». En RAE, 2008, tomo 6, año 1, p. 127.

En la doctrina existen diversas acepciones sobre la representación, lo cual obedece a los diferentes puntos de vista, siendo necesario conocer estos conceptos o definiciones.

Tal como señala el profesor Aníbal Torres Vásquez:⁹

Por la representación una persona (el representante) sustituye a otra (el representado o *dominus negotii* o principal o parte sustancial) en la celebración de un acto jurídico. El representante manifiesta su voluntad por cuenta y en interés del representado. Con la representación se amplían las posibilidades de obrar del representado, quien puede celebrar varios actos jurídicos al mismo tiempo o sucesivamente en el mismo lugar o en lugares diferentes.

El jurista español Luis Díez-Picazo, puntualiza que:¹⁰

La representación, por el contrario, atribuye al apoderado el poder de emitir una declaración de voluntad frente a terceros en nombre del poderdante.

Para el maestro León Barandiarán,¹¹

En la representación se da una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquél sobre el que recaen los efectos que el orden jurídico le reconoce.

En la perspectiva del doctor Vidal Ramírez,

La facultad de representación puede dar lugar a la sustitución del representado por el representante, quien deberá actuar en su nombre y en su interés, configurando la representación directa, también llamada representación de personas; o, puede dar lugar a la interposición del representante entre el representado y el tercero contratante, actuando el representante en nombre propio, pero en interés del representado, configurando la representación indirecta, también llamada representación de intereses.¹²

Asimismo, Ninamanco Córdova, afirma, el poder de representación legal es lo mismo que el poder de representación voluntaria. Por lo demás, es ésta la postura que acoge nuestro Código Civil al utilizar el término «poder», tanto para la representación legal como para la representación voluntaria, y también al realizar una clara aproximación entre ambos poderes de representación.

En efecto, la segunda parte del artículo 145 del Código Civil peruano señala: «la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley».¹³

9 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. «Acto jurídico». Lima: Editorial Moreno, 2001, 2.^a edición, p. 329.

10 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, 9.^a edición, 4.^a reimpresión, tomo II, p. 421.

11 LEÓN BARANDIARÁN, José. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, p. 84.

12 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica-Editorial El Búho; 7.^a edición, p. 282.

13 NINAMANCO CÓRDOVA, Fort. «La naturaleza del poder de representación: contribución al estudio de un concepto injustificadamente lanzado a la penumbra». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, febrero 2010, tomo 108, p. 270.

De lo anteriormente mencionado, podemos aportar que la representación pertenece al negocio jurídico, siendo ésta una figura por la cual una persona denominada «el representante», celebra negocios en nombre y representación de otra persona, «el representado», generando así en la esfera jurídica de este último, derechos y obligaciones.

3. SUJETOS DE LA REPRESENTACIÓN

Según Torres Vázquez, son considerados sujetos de la representación, los siguientes:¹⁴

a) El representado

El representado o *dominus negotii* (dueño del negocio), es el sujeto principal, dueño o titular del derecho o interés que es gestionado por el representante; es la persona en quien han de recaer, directa (si la representación es directa) o indirectamente (si la representación es indirecta), los efectos del acto llevado a cabo por el representante.

Se le denomina «dueño del negocio o acto jurídico». Es, pues, quien se beneficiaría de las diversas actividades realizadas por el representante, el mismo que podría ser a título gratuito u oneroso.

Cualquier persona puede ser representada por otra en la realización de sus actos jurídicos, salvo que exista prohibición expresa, por ejemplo, el testamento no puede ser otorgado mediante representante.

Los incapaces y los ausentes solamente pueden realizar actos jurídicos mediante sus representantes, es decir, siempre son representados.

b) El representante

Es la persona que actúa por cuenta y en interés del representado; no ejerce un derecho propio, sino un derecho que es del representado. El representante actúa siempre por cuenta y en interés del representado, pero puede también actuar en interés propio, cuando los efectos del negocio repercuten en el patrimonio del propio representante en virtud de una relación interna entre él y el representado. Al representante que actúa en su propio interés, se le llama *procurador in rem propriam*.

c) El tercero

Es la persona con quien el representante celebra el acto jurídico que le ha encomendado el representado.

Es necesario mencionar que se requiere el estricto ejercicio de la buena fe contractual, a fin de que el representado, el representante y el tercero, puedan celebrar diversos actos jurídicos sujetos a derechos lícitos y desprovistos de cualquier vicio de nulidad y la constante aplicación de la diligencia ordinaria requerida.

14 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. cit.*, pp. 336-337.

4. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

El fenómeno de la representación voluntaria implica el estudio de dos realidades distintas, que funcionalmente unidas: el negocio de apoderamiento y los negocios celebrados por el representante. Entendemos que, sin perjuicio de esta conexión funcional, es conveniente estudiar por separado ambas realidades jurídicas, para un más exacto análisis de las mismas, comenzaremos por el apoderamiento.¹⁵

El poder en el derecho privado es la facultad que tiene una persona para concluir negocios en nombre de otra, produciéndose los efectos de tales negocios no para quien los celebra, sino para el poderdante, siempre, naturalmente, que actúe de los límites del poder.

Como figura jurídica, este poder representa una situación subjetiva, que tiene una dimensión estática o estructural y una dimensión dinámica o funcional. Pero, antes de examinar ambos aspectos, vamos a determinar la esencia jurídica, los caracteres típicos del poder de representación negocial.

Las posiciones difieren:

- a) El poder de representación como capacidad jurídica o capacidad negocial; así, para Von Thur, se trata de una ampliación de la capacidad negocial del representante que excede de su propio radio de acción. Son esencialmente la misma cosa.

Para Beitzke el poder es una disminución de la propia capacidad negocial. Para Eichler, mediante el apoderamiento de otra persona, el poderdante enajena una parte de la esfera de su personalidad. Para Gautschi, el poder es un acto de disposición sobre la cantidad de obrar del poderdante; un permiso para usar la capacidad de obrar ajena, visto desde el representante y representado, respectivamente.

- b) No muy diferente de esta concepción del poder de representación está aquella otra que lo considera como un simple presupuesto de la eficacia del negocio jurídico—Manigk—.

Por su parte, Staudinger-Riezler considera que solamente el representante concluye el negocio y no el representado: la voluntad negocial está incompartida en el apoderado; el poder de representación es únicamente presupuesto y límite de la eficacia de la voluntad negocial, sin que contenga, en forma alguna, esa voluntad.

Voluntad negocial y apoderamiento son fenómenos jurídicos plenamente distintos. Pero, ambas posiciones parecen criticables, pues, como señala Muller-Freieffels, la capacidad de obrar o la negocial es algo sustraído a la disposición de los particulares, siendo concedida imperativamente por el ordenamiento jurídico.

- c) El poder como derecho potestativo —*Gestaltungsrecht*— o derecho de formación jurídica: así, para Esser es la creación de un *Gestaltungsrecht*, en nombre propio, y con efecto para el dominio *minus negocii*. Pero, cabe objetar que el derecho po-

15 GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de derecho civil (parte general)*. Madrid: Editorial Revisita de Derecho Privado, 1979, pp. 785-788.

testativo es algo que se agota, se consume con su ejercicio, mientras que el poder no se agota en su ejercicio –salvo que se conceda para un solo acto concreto–.

5. LA REVOCACIÓN DEL PODER

El artículo 149 de nuestro Código Civil, prescribe que el poder puede ser revocado en cualquier momento. La palabra «revocación» viene del latín *revocatio* que quiere decir «nuevo llamamiento»; dejar sin efecto una decisión. La revocación del apoderamiento es un acto jurídico unilateral y *recepticio*. El poderdante puede retirar los poderes, basado en la necesidad de ejercer personalmente su potestad, o por haber perdido la confianza en el representante.¹⁶

La revocación es un acto jurídico por el cual se extingue un acto unilateral mediante la declaración de voluntad del propio autor de dicho acto. También puede haber revocación de contratos que son actos bilaterales, por una de las partes contratantes, en determinados supuestos contemplados por la ley.¹⁷

Por la revocación, a sola voluntad unilateral y recepticia del presentando extingue el poder, salvo el pacto de irrevocabilidad. El representado puede revocar el poder en cualquier momento a su arbitrio, sin necesidad de dar explicación sobre su decisión. La ley le confiere este derecho en resguardo de sus intereses. La revocación puede ser hecha aun cuando la representación sea remunerada. En este caso, si el representante ya había dado comienzo a la gestión, el representando deberá pagar los honorarios proporcionalmente a los servicios prestados.¹⁸

La revocación es un modo de extinción de los actos jurídicos unilaterales, y que, en algunos casos de contratos mediante los cuales el autor de la declaración de voluntad, en los actos unilaterales; o una de las partes en los contratos, «retrae su voluntad dejando sin efecto el contenido del acto o la transmisión de algún derecho».¹⁹

La revocación se fundamenta:²⁰

1. En que el representado es el *dominus negotii* (dueño del negocio); de él es el interés en la gestión, de allí que el poder no puede ejercerse en contra de su voluntad. Si ya no tiene interés en la realización del acto para el cual designó un representante, pone fin a la representación revocando el poder.
2. Es por ello que la revocación, como sostiene Vidal Ramírez,²¹ es *ad nutum*, depende de la simple voluntad del representado. Pero, además, es recepticio, por

16 ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Curso del acto jurídico*. Lima: Editorial Librería Portocarrero, 2003, p. 132.

17 IBÁÑEZ, Carlos. *Extinción unilateral del contrato*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018, 1.ª edición, p. 37.

18 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. «El poder de representación». En *Cómo evitar poderes ineficaces*. AA. VV. Chipana, Jhoel (coord.). Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 222.

19 *Ibidem*, p. 38.

20 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. pp. 356-357.

21 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 236.

cuanto sus efectos recaen en el representante y terceros que tengan interés en la relación representativa.

3. En la confianza de que se encuentra en la base del poder. El representado, al otorgar el poder, ha confiado en una determinada persona en base a su amistad, a su calidad moral, profesional, etc.; por tanto, en cualquier momento puede retirarle la confianza revocando el poder.

En la relación *intuitu personas* (personalísima) que genera el poder. La revocación es un derecho *ad nutum* del representado, que puede ejercitarlo en cualquier momento sin expresión de causa. Tiene efectos para el futuro (*ex nunc*), interés en la gestión, de allí que el poder no puede ejercerse en contra de su voluntad. Si ya no tiene interés en la realización del acto para el cual designó un representante, pone fin a la representación revocando el poder.

Otro aspecto que podrá representar la culminación del poder, se manifiesta en la extinción del poder por renuncia.

Al respecto Riva Caso²² establece: “en cuanto a la renuncia al poder, en el *civil law* la doctrina considera a la misma como un supuesto de extinción de poder. Esta extinción se da a través de un acto unilateral y *recepticio*. Todo ello se fundamenta en que la ruptura de la relación de confianza entre representante y representado es suficiente para que aquel pueda extinguir el poder a través de su renuncia.

6. IRREVOCABILIDAD DEL PODER

El artículo 153 del Código civil peruano prescribe que: El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año”. La norma no registra antecedente en el Código Civil de 1936 y se inspira en la propuesta de Carlos Cárdenas Quirós a la Comisión Revisora.

Si el acto representativo interesa conjuntamente al representante y al representado, o a este último y a un tercero, el representado no podrá revocar el poder a su arbitrio. El poder irrevocable solamente podrá dejarse sin efecto por mutuo acuerdo (consentimiento). El dominus debe abstenerse de realizar él mismo o mediante un nuevo representante el acto para el cual otorgó poder y si lo hace será responsable por los daños irrogados al representante o a los terceros interesados.²³

Así pues, «[...] por ser este interés común al del representante o al de un tercero, en cuya atención se le otorgó al representante, la revocación del poder irrevocable somete al poderdante a la indemnización de daños y perjuicios conforme a las reglas de la inejecución de las obligaciones (art. 1321).²⁴

22 RIVAS CASO, Gino. «La extinción del poder por renuncia del representante». En *Cómo evitar poderes ineficaces*. AA. VV. Chipana, Jhoel (coord.). Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 222.

23 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. cit.*, p. 361.

24 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 282.

De lo antes mencionado, hay algo que me parece inexplicable, al asegurar que no obstante un poder sea irrevocable, el representado puede revocarlo en cualquier momento (sólo estará obligado a responder por los daños y perjuicios si la revocación del poder se los infiere al representante). De esto se puede inferir que el otorgamiento del poder irrevocable está de más en nuestro ordenamiento jurídico, pues siempre será revocable. ¿Puede haber algo más ilógico?

La regla es la irrevocabilidad de los contratos, por lo que el derecho de revocar, es de carácter excepcional y opera únicamente en los casos expresamente contemplados por la ley. En los supuestos que se prevé legalmente la posibilidad de revocación del contrato, se plantea la cuestión de la validez del pacto de irrevocabilidad que puedan convenir las partes.²⁵

En este aspecto, Gonzales Loli expresa que solamente «en el interés de alguien distinto al representado se puede justificar la irrevocabilidad del poder, siendo más bien que no tiene sentido lógico alguno sustentarla en la especialidad del acto o en la temporalidad limitada de apoderamiento».²⁶

Por su parte, el profesor Morales Hervías,²⁷ responde a la siguiente interrogante:

Entonces, ¿el artículo 153 del Código Civil regula la irrevocabilidad del poder? La respuesta es negativa. Sustancialmente, la regulación de la norma corresponde al impedimento de ejercer el derecho de desistimiento del mandante en el marco de un contrato de mandato con representación, a fin de proteger al mandatario o a los terceros. El contrato de mandato, que produce la relación jurídica subyacente, es el fundamento del llamado «poder irrevocable».

El contrato de mandato confiere un «poder» al mandante, a diferencia del negocio de apoderamiento que otorga un poder al representado de carácter totalmente revocable. Correctamente es apropiado denominar «impedimento del ejercicio del derecho de desistimiento», en lugar de «poder irrevocable» en el marco de un contrato de mandato con representación.

7. CAS. N.º 445-2011 PUNO (PODER REVOCADO)

Se trata del recurso de casación interpuesto por la Municipalidad Provincial de Puno, contra la resolución de vista de fecha 13 de octubre de 2010, que obra a folios ciento uno, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, la cual revoca el auto apelado de fecha 1 de junio de 2010, que declara fundada la contradicción y, por el proceso, reformándola, declara infundada la contradicción.

25 CARLOS, Miguel. *Ob. cit.*, p. 43.

26 GONZALES LOLI, Jorge Luis. «¿Es realmente irrevocable el poder irrevocable? Hacia una nueva lectura del artículo 153 del Código Civil». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, n.º 82, año 11.

27 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Ob. cit.*, p. 483.

7.1. Fundamentos por los cuales se ha declarado procedente el recurso

La Corte Suprema declaró procedente el recurso de casación por la casual de infracción normativa de los artículos 1 y 149 del Código Civil y IX del Título preliminar del Código Procesal Civil, por entender de la sala de mérito, que consideró que quien apeló la resolución de primera instancia con fecha dieciocho de junio de 2010, fue el señor Justo Mamani Calisaya, quien actuaba en representación de Juan Ramos Fuentes.

En mérito del poder otorgado por escritura pública de fecha 11 de julio de 2003, **no obstante que este poder ya había sido revocado**, mediante escritura pública de fecha 22 de julio de 2006, a lo que se debe agregar con fecha 13 de septiembre de 2007 falleció el demandante, no obstante lo cual el apoderado, antes mencionado, actuando como tal.

Los fundamentos principales de la Corte Suprema que merecen atención son los siguientes:

Quinto.- Que, cabe precisar que el Código Civil, en su artículo 145, establece como norma general que cualquier negocio jurídico puede ser realizado mediante representante, con excepción de aquéllos en los cuales la ley prohíba la representación. Asimismo, regula de forma expresa las fuentes de la representación: 1) la voluntad del representado (representación voluntaria). Es aquella cuya fuente es la propia voluntad del sujeto representado..

En ese sentido. En ejercicio de la autonomía de la voluntad de un sujeto, puede realizar un negocio para regular un interés del cual es titular, o por el contrario, conferir a una persona el poder necesario para que ésta regule los intereses del representado. A ese negocio jurídico, por medio del cual se otorga la representación, se le denomina «poder». Y 2) la ley (representación legal). En este caso, es cuando las personas no tienen libre ejercicio de sus derechos, por lo que es necesario un representante.

Sexto.- Que, la representación para actuar dentro de un proceso está regulado en el artículo 68 del Código Procesal Civil, norma que se consagra la representación voluntaria, para lo cual, la persona que tenga capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer los derechos que en él se discuten, puede conferir a otra el poder de representarla en el proceso. En tal caso, la legitimación formal del representante será el efecto de la voluntad del representado, expresada en un negocio jurídico (poder), el mismo que deberá realizarse mediante escritura pública, de conformidad a lo establecido en los artículos 72 y 75 del acotado Código Procesal.

Séptimo.- Que, respecto a la infracción denunciada, se advierte de autos que, efectivamente, mediante escritura pública de fecha 22 de julio del año 2006, obrante a folios cincuenta, el demandante Juan Ramos Fuentes revo- ca el poder especial y general otorgado a favor de Justo Mamani Calizaya, mediante escritura pública de fecha 11 de julio de 2003, no obstante ello, el señor Justo Mamani prosiguió realizando actos procesales. Los que devie- nen en nulos al vulnerarlos artículos antes referidos –68, 72 y 75 del Código

Procesal Civil– que son de obligatorio cumplimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar del acotado Código que señala: «Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. [...] Las formalidades previstas en este Código son imperativas. [...]».

Octavo.- Que, asimismo cabe precisar, que con fecha 13 de octubre de 2007, el demandante falleció –partida de defunción obrante a folios ciento catorce–, y a pesar de este hecho. El ilegítimo representante, Justo Mamani, continuó representando al demandante en el presente proceso. Por lo que, adicionalmente a lo antes anotado, se advierte que el accionar del antes aludido se opone a lo establecido en el artículo 108 último párrafo del acotado Código Adjetivo que señala «[...] Se presenta la sucesión procesal cuando: 1. Fallecida una persona que sea parte del proceso. Es remplazada por su sucesor, salvo disposición legal de lo contrario: (..) Será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. [...]», criterio que ha establecido en reiteradas resoluciones de esta Suprema Corte. Entre ellas, la Casación n.º 172-95 que indica «El fallecimiento de una persona y consecuentemente caduca el poder que haya otorgado: que ocurrido ese evento se suspende el trámite hasta designarle curador procesal, por lo que los actos procesales efectuados después del fallecimiento del actor son nulos».

8. CAS. N.º 1073-2004 CALLAO²⁸ (FALSO PROCURADOR)

El recurso de casación está dirigido a cuestionar un acto jurídico celebrado por su representante, excediendo los límites de las facultades que le confirió, los que está sancionando con la ineficacia, conforme así lo establece nuestro ordenamiento sustantivo en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del *falso procurador*, cuya sanción es sólo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado, diferente a la figura de nulidad del acto jurídico, tratándose de instituciones que por su naturaleza son distintas, pues tienen causas y efectos diferentes. Es así que la Corte Suprema emite su casación bajo los siguientes argumentos:

Segundo: Siendo esto así, corresponde analizar previamente si como alega el recurrente se ha vulnerado el debido proceso al resolver la causa como una de nulidad de acto jurídico, cuando lo que correspondía según sostiene el recurrente, es que se extienda el petitorio, según sostiene el recurrente es que se entienda el petitorio, como uno de ineficacia del acto jurídico según se cuestiona.

Tercero: Revisados los autos, se tiene que, con fecha 26 de abril de 1984, el demandante otorgó poder amplio y general a su cónyuge codemanda-

28 SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS ÁVALOS, EGÚSQUIZA ROCA, QUINTANILLA CHANCÓN, MANSILLA NOVELLA, C-51603. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, 3 de julio de 2006, p. 16368.

da, doña Man Chin Yi Lee, confiriéndole a ésta, facultades para disponer, enajenar, comprar, alquilar, cobrar arrendamientos y cualquier otro acto que importe el resguardo, acrecentamiento o beneficio para los derechos económicos del mandante.

Cuarto: Que, según refiere el demandante, la citada codemandada se ha servido de la facultad conferida en dicho instrumento para enajenar con fecha 14 de diciembre de 1989, acciones y derechos respecto de un inmueble que los había adquirido como bien conyugal, toda vez que para enajenar habría requerido de un poder especial, que no le otorgó.

Quinto: Que en este contexto la denuncia del demandante está dirigida a cuestionar un acto jurídico por su representante, excediendo los límites de las facultades que le confirió, lo que está sancionado con la ineficacia, conforme lo establece nuestro ordenamiento sustantivo, en su artículo 161 del Código Civil, el cual regula la figura del falso procurador cuya sanción es sólo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado diferente a la figura de nulidad del acto jurídico, tratándose de instituciones que, por su naturaleza, son distintas, pues, tienen causas y efectos diferentes.

Sexto: Que, siendo esto así y habiendo el colegiado arribado a las mismas conclusiones antes citadas, no correspondía en el presente caso emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, por lo que, al hacerlo, se ha incurrido en la casual procesal denunciada, siendo, por tanto, fundado este extremo del recurso.

Decisión: a) Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por don Juan Chac Lam Siu y doña Lee Siu Ling de Siu, a fojas doscientos setenta y cuatro, en consecuencia, declararon NULA la sentencia recurrida de fojas 222, que revoca la sentencia de primera instancia, declarando fundada la demanda. b) ORDENARON al colegiado emitir fallo, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes.

9. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL SIN PODER

Por razones de confidencialidad, reservaremos los nombres de las partes litigantes, una universidad privada, celebró un contrato de obra con el objeto de que el contratista, se encargue de la elaboración del expediente técnico y la construcción de una edificación de cinco pisos del pabellón de la Facultad de Enfermería, la universidad desembolsó el 80% de la contraprestación o pago de partidas, mientras que el contratista efectuó un avance de la obra al 18% de su calendario.

La universidad, con diligencia cumplió con expresar las observaciones a los avances de la obra y anotar el mismo en el cuaderno de obra, con lo cual habría justificado las causales de resolución de contrato por defectos, retrasos y acumulación de penalidades. El Consejo Universitario autorizó al Rector, a fin de que pueda emitir y formalizar la carta de resolución de contrato al contratista, tal como estipulara el procedimiento de resolución de contrato establecido en el contrato de obra.

La universidad, vía conducto notarial, notificó con la carta de resolución de contrato al contratista, expresando como causales diversos incumplimientos y acumulación de penalidades, esta resolución es suscrita por el asesor legal de la universidad.

La universidad interpone una demanda judicial de resolución de contrato, la misma que mantiene como sustento el retraso, defectos y acumulación de penalidades, el comitente contesta la demanda indicando la no existencia de tales incumplimientos, sin perjuicio de no haber cumplido con el objeto del contrato, manifiesta como defensa de forma, que la universidad no cumplió con el procedimiento de resolución de contrato, por cuanto, las facultades especiales resolutorias correspondían al Rector; o salvo delegación expresa mediante poder especial y delegación del consejo universitario, ratificando en su defensa que la resolución del contrato de obra fuera efectuada por una persona o funcionario sin facultades resolutorias contractuales.

Lamentablemente para los intereses de la universidad, el asesor legal que emitiera la resolución de contrato, careció del poder especial con facultades resolutorias, lo cual devino en que la demanda, sea declarada infundada y confirmada por la Sala Civil en segunda instancia.

El caso comentado, representa la falta de diligencia por parte de la universidad, de incumplir el procedimiento contractual pactado en el contrato, por cuanto exclusivamente el Rector de la universidad, mantenía facultades resolutorias y se evidencia falta de diligencia del asesor legal a dejar de solicitar un poder especial facultándolo a realizar la resolución del contrato, lo cual hubiera revestido de apoderamiento perfecto en la resolución del contrato.

10. CAS. N.º 870-2014 LIMA NORTE²⁹ (PERSONA NATURAL VERSUS ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS)

La *litis* se enfocó en la nulidad de acto jurídico, derivado del poder para realizar la compraventa entre una persona natural y la asociación de propietarios.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, ha optado por proteger el principio de fe pública registral, frente a una planteada causal de nulidad (fin ilícito e imposibilidad jurídica) respecto al poder que generó el acto de compraventa y estableció la teoría de la ratificación. La pretendida nulidad constituye un acto jurídico ineficaz.

Los fundamentos esenciales de la casación, son los siguientes:

Octavo: Que, respecto a la inaplicación del artículo 2012 del Código Civil, si bien en virtud de tal norma el contenido de las inscripciones se presume de conocimiento público, y en el caso de autos se pretende su aplicación para determinar la ausencia de facultades para la venta del inmueble materia de autos, de los directivos que suscribieron el contrato de compraventa, en representación de la asociación demandada. Sobre el particular, cabe precisar que, tratándose de una persona jurídica, la ausencia de las facultades

29 La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

de representación no constituye causal de nulidad por la venta de un bien ajeno, como lo sostiene el recurrente, pues se trata más bien de un supuesto de ineficacia, en relación al representado, y que se encuentra regulado en el artículo 161 del Código Civil. (El subrayado es nuestro). En cuanto los directivos que la suscribieron no actuaron en nombre propio, sino en representación de la Asociación de Propietarios del Señor de la Soledad, quien –como se ha señalado registralmente– figuraba como propietaria del inmueble, de manera que el acto jurídico celebrado con ausencia de tales facultades, se encuentra sujeto a ratificación por el representado, observando la forma prescrita para su celebración, y tiene efecto retroactivo, tal como lo establece el artículo 162 de la precitada norma.

En ese sentido, si bien en virtud del artículo 2012 del Código Sustantivo la compradora podía conocer la caducidad de los poderes de los directivos transferentes del predio, tal circunstancia no determina la nulidad del acto jurídico celebrado por causal de fin ilícito o imposibilidad física, desde que tal defecto puede ser subsanado mediante la ratificación, como efectivamente ha ocurrido en el presente caso, pues no pasa inadvertido para este tribunal que, si bien a la fecha de suscripción de la minuta y escritura pública del contrato de compraventa cuestionado, las facultades de representación de los directivos de la asociación no se encontraban vigentes, éste habría sido superado a la fecha de su inscripción en los Registros Públicos permitiendo su registro, tal como se verifica de los actuados, lo que ha determinado, al mismo tiempo, que el accionante solicite la cancelación de la misma.

Por estas consideraciones las causales de infracción de los artículos 161 y 2012 del Código Civil, deben ser igualmente desestimadas, deviniendo en infundadas.

Noveno.- Que, en cuanto a la causales de infracción del artículo 219 incisos 3 y 4 del Código Civil, contenidas en los acápites b) y d), así como la infracción del artículo 949 del Código Civil del acápite c), resulta relevante precisar que, conforme ha sostenido esta Sala Suprema en reiteradas ocasiones en la denominada venta de bien ajeno, deben distinguirse claramente dos situaciones específicas: a) cuando el vendedor hace presente que se trata de cosa ajena, lo que es lícito e importa la obligación del vendedor de procurar la transferencia del bien a favor del comprador, como prescribe el artículo 1537 del Código Civil, concordante con el artículo 1409, inciso 2 del mencionado Código; y b) cuando se vende como propio lo que es ajeno, en este último caso, el acto no puede reputarse válido y eficaz, puesto que nadie puede disponer sobre mayor derecho del que realmente tiene, además porque la venta de bien ajeno está tipificada como delito perseguible de oficio, en el artículo 197, inciso 4 del Código Penal. Por tanto, en este último caso estamos ante un acto o negocio jurídico con causa ilícita por ser contrario a las normas que interesan al orden público. No obstante ello, la jurisprudencia no ha sido uniforme ni pacífica al configurar la causal

de nulidad de acto jurídico por fin ilícito, al referirse a la venta de un bien ajeno, o en su defecto, si la misma se enmarca como causal de imposibilidad jurídica. Empero, dicho análisis carece de relevancia en el caso de autos, en tanto se ha determinado que la codemandada Teodora de la Cruz, adquirió el inmueble de quien aparecía en el registro como su legítimo propietario; por lo que se encuentra protegida por la buena fe pública registral. En ese sentido, las causales aludidas devienen en infundadas.- Estando a dichas consideraciones y en aplicación de lo previsto por el artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Emiliano Blas Valentín.

11. EL APODERADO LESIONANTE Y SU ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El señor Pedro Pérez,³⁰ con fecha 7 de febrero de 2008, otorgó poder general y especial de representación en favor de su sobrina, la señorita Juana Pérez. Como poder especial, se le brindó facultades amplias para disponer, mediante contrato de compraventa de la casa ubicada en Jirón Paltos n.º 340 del distrito de Santiago de Surco, Lima.

Con fecha 21 de junio de 2016, la apoderada Juana Pérez, firmó una minuta de compraventa de inmueble con la compradora, Inmobiliaria ZK SAC, por la suma de US\$ 320,000.00 dólares americanos, y como forma de pago se acordó el siguiente fraccionamiento: a) La suma de US\$ 10,000.00 a la firma de la minuta; b) La suma de US\$ 50,000.00 a la firma de la escritura pública; c) La suma de US\$ 80,000.00 en doce cuotas mensuales; d) El saldo de US\$ 180,000.00 serían cancelados con la entrega del departamento n.º 101 de 98 m², bajo la condición de bien futuro, valorizado en US\$ 60,000.00, y con el departamento n.º 102 de 120 m², bajo la condición de bien futuro, valorizado en US\$120.000.00.

El señor Pedro Pérez, en su condición de ciudadano nacionalizado canadiense y al retornar al Perú, recibió una notificación de cobranza coactiva de la Sunat, por inconsistencias del pago del impuesto a la renta de la transferencia del inmueble que había sido ejecutada por su apoderada. El señor Pérez desconocía en lo absoluto de la transferencia, y mucho menos recibió depósitos bancarios derivados de la compraventa; es decir, no existió la diligencia y buena fe con las que debió haber actuado la apoderada.

Finalmente, el señor Pérez, ordenó realizar una tasación comercial del valor del predio, tasación que estableció el valor del predio en la suma de US\$ 500,000.00.

En el caso real descrito, es indudable que existe evidente mala fe ejercida por la apoderada que, en un ausente acto de diligencia y buena fe, debió haber informado al propietario-poderdante respecto de las negociaciones llevadas a cabo para la futura compraventa; es decir, condiciones de pago y forma de la transferencia del dinero obtenido de la transacción.

30 A fin de mantener la confidencialidad de nuestros clientes, modificamos diversa información del patrocinio judicial del presente caso.

Si bien todo apoderado puede actuar con plena libertad y sin limitaciones, el derecho que se negocia es de titularidad del poderdante, quien debe mantener absoluto acceso a la información referida a actos de disposición.

Otro punto que resulta cuestionable está representado en la evidente intención de causar una lesión o lesión enorme³¹ en la compraventa (artículos 1147³² y 1448³³), pues el monto fijado como precio de la compraventa se estipuló en la suma de US\$ 320,000.00 dólares americanos, de los cuales se hicieron efectivos US\$ 60,000.00.

La inmobiliaria en ningún momento cumplió con efectuar el pago de las sumas dinerarias pendientes, ni efectuó la entrega de dos departamentos (quizás debió establecer una cláusula de permuta), y es más evidente la lesión con la tasación comercial actualizada y establecida en la suma de US\$ 500,000.00.

Es importante establecer que la representación con poderes, mantiene la esencia del principio de la confianza y de la buena fe que debe inspirar la ejecución de la representación y el mandato.

El Código Civil y de Comercio argentino, en su artículo 372, establece las obligaciones y deberes del representante, entre las cuales se destaca: fidelidad, lealtad y reserva.

Conforme al caso expuesto, se puede establecer la mala fe de la apoderada. Primero, por no comunicar a su apoderado sobre las negociaciones y condiciones primordiales de la compraventa, y segundo porque con descarada deslealtad, no cumplió con entregar el monto dinerario producto de la transferencia del predio, en favor del propietario-poderdante. Todo esto, sin dejar de mencionar la evidente lesión ocasionada al efectuar la compraventa a un precio ínfimo, y por la forma de pago incumplida por el comprador.

Como primera obligación del representante, la norma establece en el inciso a), el deber de fidelidad, lealtad y reserva. Se advierte, entonces, que el representante, al

31 VIDAL, Roger y Alexander CORTEGANA. «La lesión en el Código Civil peruano: breves antecedentes históricos, elementos, utilidad y críticas». En *Actualidad Civil*. Lima: Pacífico Editores, diciembre 2017, n.º 42, p. 132. El contrato con lesión enorme es aquel negocio jurídico a través del cual una parte contractual se aprovecha (primer elemento subjetivo) de la situación de inferioridad apremiante (estado de necesidad, de peligro, etc.) de la otra parte contractual (segundo elemento subjetivo); situación que genera una desproporción entre las prestaciones (elemento objetivo).

32 Artículo 1447.- Acción por lesión
La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

33 Artículo 1448.- Presunción de aprovechamiento
En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

llevar a cabo sus funciones, debe velar por los intereses del representado, actuando con la diligencia y buena fe de un buen hombre de negocios, dando preeminencia al interés de este último, incluso frente sus intereses personales.³⁴

El deber de lealtad se ve reflejado en la confianza que ha depositado el representado al momento de la elección de su representante. En efecto, la confianza es fundamental en este instituto, en el cual el representado elige a una persona para que ésta actúe por él. Para que en su nombre y por su cuenta, emita declaraciones de voluntad que generarán vínculos con terceros y cuyos efectos jurídicos recaerán sobre esta persona apoderada.³⁵

Lamentablemente, la posibilidad de interponer una acción por lesión se encuentra en caducidad (conforme al artículo 1454³⁶ del Código Civil), ante el evidente incumplimiento del saldo del pago imputable al vendedor, se podría evaluar la posibilidad de la resolución de contrato y requerir una indemnización por lucro cesante. Esta demanda estaría dirigida contra los compradores y la apoderada.

Finalmente, la apoderada no cumplió con entregar en favor de su poderdante, el único monto de US\$ 60,000.00 dólares americanos (pagado por el comprador). Este acto ilícito involucra un enriquecimiento ilícito, parte de la lealtad del poder conferido implica cumplir con entregar los beneficios económicos o pagos dinerarios en favor del poderdante.

12. EL PODER EN EL ARBITRAJE

El artículo 37³⁷ de la ley arbitral peruana (Decreto Legislativo n.º 1071), regula el poder, el mismo que se reviste de características amplias y desprovistas de mayores formalidades (legalización y/o escritura pública) y exigiendo a las partes, de forma exclusiva, que el poder conste por escrito. Éste, bajo una interpretación sistemática, se podría otorgar consignando al apoderado y/o representante legal, en el contrato o sus adendas, en la solicitud arbitral o su contestación, en la audiencia de instalación del

34 GARRIDO, Lidia, Alejandro BORDA, y Pascual ALFERILLO. *Código Civil y Comercial argentino*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2015, tomo I, p. 401.

35 *Idem*, p. 402.

36 Artículo 1454.- Caducidad de la acción por lesión
La acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato.

37 Artículo 37.-

1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este decreto legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.
3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

tribunal arbitral, en los escritos de demanda y contestación e incluso en cualquier etapa del proceso arbitral.

En una posición más conservadora, respecto a la flexibilización de las facultades arbitrales amplias, Castillo Freyre indica: «estimamos que lo dispuesto en el artículo 37, inciso 2, d) de la ley de arbitraje, sobre disposición de derechos sustantivos, constituye un exceso.

La norma ha debido abstenerse de contemplar este aspecto y limitarse a señalar lo indicado en la primera parte del inciso 2, respecto de la autorización del representante para ejercer todos los derechos previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna; pero no debió incluir la regulación del tema de los derechos sustantivos que —como se manifestó— resulta peligroso.³⁸

La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje, autoriza al representante a ejercer todos los derechos procesales previstos en la ley de arbitraje para el proceso arbitral, sin restricción alguna, salvo disposición legal de los derechos sustantivos que se discutan en las actuaciones arbitrales.³⁹

En consecuencia, a diferencia de lo establecido en la normatividad del proceso civil antes referida, específicamente en lo que concierne a los alcances del artículo 75 del Código Procesal Civil, en el proceso arbitral, no se requiere contar, prescindiendo, en este caso, del principio de literalidad de poderes especiales, con una expresa delegación de facultades especiales para realizar actos de disposición de derechos sustantivos del representado.⁴⁰

Resulta fundamental mantener el principio de representación de manera amplia y sin restricciones, por cuanto el poder otorgado permite ejercer diversos derechos procesales y realizar los actos de disposición de derechos sustantivos, como podrían ser el desestimiento de pretensiones indemnizatorias o celebrar conciliaciones.

Es necesario acotar, que los tribunales arbitrales, no deberían exigir a las partes, mayores formalidades para disponer de derechos procesales y sustantivos. Durante el litigio arbitral, cualquier requerimiento de mayores formalidades, expresa la inepta formación y criterio de los árbitros.

A manera de ilustración, en un proceso arbitral, en el escrito de demanda se precisó que se delegaba al abogado patrocinante las facultades del artículo 37 de la ley arbitral. A fin de disminuir la excesiva e injustificada reliquidación de honorarios arbitrales, se presentó un escrito con el desistimiento de pretensiones (indemnizaciones), el cual tuvo la siguiente respuesta del tribunal arbitral: «para dar trámite al desistimiento de una pretensión, se debe verificar la capacidad de quien lo realiza, en el caso de autos,

38 CASTILLO FREYRE, Mario. «El poder de representación en el arbitraje». En *Cómo evitar poderes ineficaces*. AA. VV. Chipana, Jhoel (coord.). Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 73.

39 MOROTE NUÑEZ, Hugo. *Representación artículo 37*. En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 418.

40 MOROTE NUÑEZ, Hugo. Ob. Cit. p. 419.

el escrito i) se encuentra suscrito sólo por la abogada; por lo tanto, lo solicitado deviene en improcedente».

El tribunal arbitral incurrió en dos incongruencias; la primera, que no determina si existió falta de capacidad del agente o falta de legitimidad para obrar; y el segundo, que obviaron o dejaron de dar lectura al escrito de demanda, en la cual se otorgaba facultades procesales y de disposición de derechos sustantivos al abogado que autorizó la demanda arbitral.

En forma posterior, mediante el recurso de reconsideración planteado por el demandante, el tribunal arbitral no tuvo otra alternativa que declarara fundada la reconsideración y dejara sin efecto la resolución, que claramente vulneraba la esencia de la representación y delegación, establecida en el artículo 37 de la ley arbitral peruana.

LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS EN BRASIL

*Andre Vasconcelos Roque**

Sumario: 1. Introducción: derechos de la personalidad y derechos colectivos.– 2. Entonces, ¿qué son los daños morales colectivos?.– 3. Cuantificación de la indemnización por daños morales colectivos.– 4. Referencias bibliográficas.

Resumen: Este texto fue elaborado a partir de una conferencia en el V Congreso Internacional de Derecho Civil, organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil y realizado en la ciudad de Huánuco. En este artículo se busca delinear el concepto de daños morales colectivos, así como los requisitos para su configuración y los criterios para su cuantificación, de acuerdo con la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia brasileño y del Tribunal de Justicia del Estado del Río de Janeiro.

Palabras-clave: tutela colectiva; daño moral colectivo; derechos de la personalidad; requisitos; cuantificación de la indemnización

Abstract: This text was prepared from a conference at the V International Congress of Civil Law, organized by the Peruvian Institute of Civil Law and held in the city of Huánuco. In this article, we seek to delineate the concept of collective moral damages, as well as the requirements for its configuration and the criteria for its quantification, in accordance with the jurisprudence of the Brazilian Superior Court of Justice and the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro.

Keywords: collective protection; collective moral damage; personality rights; requirements; quantification of compensation

* Doctor en Derecho Procesal por la Universidad del Estado del Río de Janeiro. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad del Estado del Río de Janeiro y de la Universidad Federal del Río de Janeiro. E-mail: andreroque@andreroque.adv.br.

1. INTRODUCCIÓN: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y DERECHOS COLECTIVOS

En primer lugar, me gustaría agradecer a la Universidad de Huánuco y al Instituto Peruano de Derecho Civil por la invitación a participar de ese evento, así como a mis colegas que tengo el placer de oír en esta noche.

Una vez más, es un placer volver al Perú. Como ya deben saber, vengo de Brasil, de Río de Janeiro que, a pesar de sus problemas con seguridad y con el tránsito —es un tráfico tan caótico como el de Lima, en parte explicado por la geografía de mi ciudad, exprimida entre el mar y la montaña—, es una ciudad muy agradable para los visitantes.

Para mí, peruanos y brasileños tienen muchos puntos en común, como la pasión por el fútbol. Durante la Copa del Mundo de Rusia escogí Perú como mi segunda selección y fui hinchita de la selección peruana hasta el último momento por su clasificación para los octavos.

Desgraciadamente, el final no fue el mejor posible, ni para peruanos, ni para brasileños. Aquí está otro punto en común... nuestra frustración deportiva en Rusia.

Además del fútbol, peruanos y brasileños tienen en común la alegría y la cordialidad, la cual ya tuve la oportunidad de percibir todas las veces que vine aquí.

Y me alegra saber en este Congreso que tenemos otro punto en común. Así como en mis alumnos en Brasil, percibo en cada persona aquí el vivo interés en aprender cada vez más.

Pasando al tema de mi ponencia, traigo un asunto que ha despertado bastante controversia en mi país y que son los «daños morales colectivos».

¿Qué son los daños morales colectivos? Bueno, vamos a separar nuestro concepto en dos elementos: los daños morales, por un lado, y los daños colectivos, de otro. Comencemos por los daños morales.

Este es un concepto ya bien conocido. Los daños morales corresponden a daños a la persona. Algunos dicen que son daños extrapatrimoniales. No voy a profundizar en esa conceptualización, porque ella ya es bien conocida y será objeto de otras conferencias esta noche.

¿Y cuál es el origen de estos daños extrapatrimoniales? Son el resultado de la violación a una determinada categoría de derechos que llamamos «derechos de la personalidad». Derecho a la vida, derecho a la libertad (es decir, derecho de ir y venir, derecho de comportarse de determinada manera o de otra), derecho a la integridad física, derecho a la imagen (lo que confiere a su titular la facultad de impedir que otras personas capten o reproduzcan su imagen sin su consentimiento), derecho del honor (que se refiere, bajo el aspecto objetivo, a la reputación de su titular ante la sociedad), derecho de intimidad y a la privacidad (que no debe ser violada, mediante indebida divulgación de la vida privada de su titular, ni de sus datos personales), entre otros.¹

1 Acerca de los derechos de la personalidad en Brasil, v. arts. 11 al 21 del Código Civil brasileño.

Aquí también, entre los derechos de la personalidad, se inserta el «derecho al olvido» (es decir, derecho de su titular a borrar o controlar, después de cierto tiempo, sus datos personales, aunque sean verdaderos, para proteger su privacidad y elecciones individuales), tema sobre el que ya tuve la oportunidad de hablar en Perú, en la ciudad de Trujillo, hace tres años.² Todos estos son derechos de la personalidad cuya violación puede acarrear daños morales.

Bueno, ahora vamos a hablar del otro concepto: daños colectivos.

Nosotros ya superamos el paradigma del Estado liberal según el cual todos los derechos serían invariablemente titulizados por el individuo. La evolución de nuestra sociedad, sobre todo a lo largo del siglo XX, con la intensificación del comercio y la masificación de las relaciones jurídicas y de los medios de comunicación, ha demostrado que hay derechos que se refieren a grupos, a colectividades más o menos bien definidas.

Pues bien: esos son los derechos colectivos, titulizados por colectividades. Y los daños causados a estos derechos pueden ser dichos genéricamente como daños colectivos.

En mi país, el Código de Defensa del Consumidor estableció en su artículo 81 tres categorías de derechos colectivos: los derechos difusos, los colectivos en sentido estricto y los individuales homogéneos. Para explicar estas tres categorías he creado una tabla aquí, que me puede ayudar en esta tarea:

2 Sobre el tema, entre otros, ALVIM, Marcia Cristina de Souza. «Ética na informação e o direito ao esquecimento». En: SARLET, Ingo Wolfgang et. al (Org.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, pp. 173-184; CARVALHO, Igor Chagas de. *Direito ao esquecimento: reação à expansão sistêmica dos meios de comunicação de massa?* 2016. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponible en <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20972/1/2016_IgorChagasCarvalho.pdf>. Acceso en: 31 dez. 2018; CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017; COSTA, André Brandão Nery. «Direito ao esquecimento na internet: a scarlet letter digital». En: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013; GONÇALVES, Luciana Helena. *O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de urls prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16525/Dissertacao_Luciana_Goncalves_finalSsimo.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acceso en: 31 dez. 2018; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. «Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro». *Revista dos Tribunais*, agosto 2014, vol. 103, n.º 946, pp. 77-109, ago. 2014; MARTINS, Guilherme Magalhães. «O direito ao esquecimento na Internet». En: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014; NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. «Do direito à identidade ao direito ao esquecimento: uma breve comparação entre a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Superior Tribunal de Justiça». *Revista Forense*, jul./dez. 2015, vol. 111, n.º 422.; VIOLA, Mario; VARGAS, Vanessa. «Breves considerações sobre o direito ao esquecimento no Brasil: lições do Supremo Tribunal Federal no caso das biografias não autorizadas». En: BELLO, Enzo y RIBEIRO, Samantha S. *Democracia nos meios de comunicação: pluralismo, liberdade de expressão e informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Difusos	Colectivos en sentido estricto	Individuales homogéneos
Indivisibles	Indivisibles	Divisibles
Personas ligadas por circunstancias de hecho	Personas ligadas por una relación jurídica base	Origen común
Titulares indeterminables	Titulares determinables	Titulares determinados

En primer lugar, tenemos que separar los derechos indivisibles (que son los difusos y los colectivos) de los divisibles (los individuales homogéneos), como está en la primera línea.³

¿Y qué es esa tal «divisibilidad»? Para saber cuándo un derecho es divisible o no tenemos que ver si sería posible que fuera discutido en un proceso individual. Por ejemplo: el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. Este es un derecho indivisible: o el medio ambiente está equilibrado para toda la comunidad que vive allí en el lugar o está contaminado para todo el mundo. Sólo es posible la tutela colectiva de todo el grupo.⁴ Por eso, esos derechos indivisibles son llamados «esencialmente colectivos».

Por otro lado, la situación es totalmente diferente cuando hablamos de una discusión sobre comisiones cobradas indebidamente por un banco o vicios de cantidad en

3 «No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário» (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, terceira edição, p. 212).

4 «Os direitos coletivos não são passíveis de cisão. Isto porque a pretensão meta-individual coletiva não decorre da mera soma dos interesses individuais de cada integrante do grupo, senão da sua síntese. Assim, não podem as pretensões genuinamente coletivas ser identificáveis em relação a apenas alguns dos membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social (v.g., dos trabalhadores de determinado ramo produtivo, dos pais e alunos do sistema de ensino fundamental de certo Município, dos usuários de determinado plano de saúde). Daí deriva a natureza indivisível da pretensão coletiva» (VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57); «Levando-se em consideração a definição dos interesses essencialmente coletivos, percebe-se que o nosso legislador teve grande inclinação pelo critério objetivo. Pelo critério objetivo –a indivisibilidade do bem– o legislador fez crer que a necessidade individual de cada um dos titulares é irrelevante na fruição e proteção desse mesmo bem. Se o bem é indivisível, pode-se dizer que, independentemente do vínculo que possa existir entre os sujeitos titulares, o fato é que a satisfação de um sujeito implica a satisfação de todos eles. Em outros termos, significa afirmar que a indivisibilidade do bem faz com que todos os seus titulares se encontrem em posição idêntica sobre o objeto do interesse» (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, segunda edição, pp. 39-40).

una caja de jabón en polvo. Los clientes pueden solicitar la devolución de estos valores o una indemnización en procesos individuales. En este caso, las acciones denominadas colectivas son posibles por cuestión de conveniencia (solución de diversos conflictos individuales en un solo proceso, trayendo economía procesal, tratamiento isonómico para todos los integrantes de esa colectividad, en el caso, los consumidores, evitando que algunos ganen y otros pierdan sus demandas, entre otras razones).⁵

Aquí es posible la tutela colectiva, pero no es obligatoria. Son esos derechos llamados «accidentalmente colectivos». ⁶ Así, si tengo un derecho que es divisible —es decir, que puede ser tutelado en procesos individuales, como es el caso de los consumidores que compran un producto defectuoso, o de los pasajeros víctimas de un accidente de tránsito, o de los clientes que pagan valores indebidos a una institución financiera— para el derecho brasileño tenemos «derechos individuales homogéneos». ⁷

5 «O tratamento processual coletivo conferido a estes interesses decorre da conveniência da aplicação a eles das técnicas da tutela coletiva. Sua implementação configura opção de política legislativa. Na essência, são interesses individuais, e nada impede a demanda atomizada de cada qual dos titulares, como, v. g., obtenção de indenização a título pessoal pelos danos sofridos» (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, quarta edición, p. 116); «Não são direitos coletivos; são individuais por natureza, tanto assim que seus titulares podem ser determinados (singularizados) e seu objeto é divisível. Recebem, no entanto, tratamento jurídico equivalente aos interesses e direitos coletivos em função da origem comum» (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 309). En este sentido, José Marcelo Menezes Vigliar destaca que son «divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada um dos interessados na proporção que sabe a cada um deles, mas que, por terem origem comum (a homogeneidade decorre dessa origem comum), são tratados coletivamente [...] Os interesses individuais homogêneos, como o próprio nome sugere, são individuais na essência, ou seja, essa é sua natureza jurídica. Contudo, são tratados de forma coletiva, para fins de defesa em juízo, desde que portadores das características ressaltadas e desde que decorrem de origem comum» (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54); Kazuo Watanabe, al hablar de derechos individuales homogéneos, afirma que estos son «individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados» (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 81).

6 «É preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos não, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles» (ZAVASCKI, Teori Albino. «Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos». *Revista de Processo*, abr-jun/1995, vol. 78.). Más recientemente, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, sexta edición, pp. 23-51.

7 «A falta de indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, a priori, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados» (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, p. 220); «Ao contrário dos anteriormente citados, os interesses individuais homogêneos são divisíveis, isto é, podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferen-

Y esa es la razón de esa denominación. Son derechos individuales en su esencia, pero que, por tener un origen común —son homogéneos— pueden ser reunidos en un solo proceso colectivo, que será instaurado a pedido del Ministerio Público, de alguna asociación o de algún órgano público para defender toda la colectividad de esos individuos.

Ya separamos los derechos individuales homogéneos. Pero ¿cómo separar los derechos difusos de los colectivos en sentido estricto, ya que los dos son «indivisibles»?

Entonces vamos a la segunda línea de mi tabla. Tenemos que ver qué es ese grupo en los derechos difusos y en los colectivos.

En los derechos difusos, lo que forma este grupo son simplemente circunstancias de hecho. El caso del medio ambiente ecológicamente equilibrado es un ejemplo de derecho difuso, ¿por qué? Porque las personas que integran el grupo están en él insertadas por una simple cuestión de hecho: ellas viven o trabajan en esa localidad.

Como esas circunstancias de hecho pueden cambiar en todo momento —basta que alguien se cambie de residencia, por ejemplo, para excluirse de esa colectividad—, ese grupo tiene un bajo grado de cohesión. Él es inestable, sujeto a contingencias. Por eso, decimos que sus integrantes son indeterminables: es imposible delimitar con precisión quiénes son sus miembros, porque cambian todo el tiempo.

En los derechos colectivos en sentido estricto, la situación es diferente, pues lo que forma el grupo es una relación jurídica base. Normalmente, este derecho se asocia a categorías profesionales. El estatus de abogado o de médico, por ejemplo, puede ser el que da base a ese grupo. Si existe alguna cuestión que afecte a esas categorías profesionales y que sólo pueda ser tutelada colectivamente, tendremos aquí un derecho colectivo en sentido estricto, pues se conjugan la indivisibilidad y la relación jurídica base.⁸

ciada e individualizada» (CARVALHO NETO, Inacio de. *Manual de processo coletivo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 36).

- 8 «A diferenciação entre as duas espécies deverá levar em conta, sim, com fulcro no art. 81, parágrafo único, I, da Lei 8.078/90, se as pessoas são ou não determinadas e se estão ligadas por meras circunstâncias de fato ou por vínculo jurídico relevante para o caso» (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, p. 219). En el mismo sentido: «Os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (com a mesma sinonímia descrita acima), de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis (frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável), ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base» (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 74); «Em suma, enquanto nos direitos difusos os sujeitos estão ligados por circunstâncias de fato e por isso são indetermináveis, nos direitos coletivos os sujeitos estão ligados por um vínculo jurídico, uma relação jurídica-base, por exemplo, consumidores de um contrato de massa, sócios ou acionistas de uma empresa membros de uma sociedade esportiva, condôminos de um edifício etc. Por isso os titulares desses direitos são determinados ou determináveis» (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, pp. 308-309); «A característica determinante dos interesses coletivos *stricto sensu* é a indeterminação relativa dos sujeitos. A ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base, tais como o fato de pertencerem a uma mesma classe profissional» (CARVALHO NETO, Inacio. *Op. cit.*,

Para un ejemplo más cercano de la realidad de ustedes, imaginen alguna discusión acerca de la calidad de enseñanza en la Universidad de Huánuco. Esta es una cuestión que sólo puede ser tutelada colectivamente, pues la calidad de la enseñanza afectará a todos los alumnos, necesariamente. Y aquí también tenemos una relación jurídica base, que deriva del hecho de que todos son alumnos de la Universidad de Huánuco. Tenemos aquí, por lo tanto, otro ejemplo de derechos colectivos en sentido estricto.

2. ENTONCES ¿QUÉ SON LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS?

Ahora ha llegado el momento de unir los dos conceptos: daños morales, por un lado, y los daños colectivos, de otro.

Y aquí llegamos a la siguiente indagación: vimos que derechos colectivos en general (en sentido amplio) son aquellos titulizados por un grupo. Pero ¿los derechos de la personalidad, cuya lesión puede acarrear daños extrapatrimoniales, pueden ser titulizados por un grupo o sólo pueden tener por titular un individuo?

En el año 2006, el Superior Tribunal de Justicia brasileño, órgano de cúpula del Poder Judicial en mi país para materias de ley federal, dijo que no, que derechos de la personalidad no pueden ser titulizados por colectividades. En consecuencia, sería imposible reconocer la figura de los «daños morales colectivos».

En ese fallo que aquí destaco, el tribunal destacó lo siguiente:

Necesaria vinculación del daño moral a la noción de dolor, del sufrimiento psíquico, de carácter individual. Incompatibilidad con la noción de transindividualidad (indeterminabilidad del sujeto pasivo e indivisibilidad de la ofensa y de la reparación) (STJ, REsp 598.821, j. 2.5.2006).

Sin embargo, tres años después, el mismo Superior Tribunal de Justicia llegó a la conclusión opuesta. El tribunal, en el juzgado aquí destacado, afirmó que:

1. El daño moral colectivo, así entendido lo que es transindividual y alcanza una clase específica o no de personas, es susceptible de comprobación por la presencia de perjuicio a la imagen y a la moral colectiva de los individuos como síntesis de las individualidades percibidas como segmento, derivado de una misma relación jurídica-base. 2. El daño extrapatrimonial colectivo prescinde de la comprobación del dolor, de sufrimiento y de sacudida psicológica, susceptibles de apreciación en la esfera del individuo, pero inaplicable a los intereses difusos y colectiva. (STJ, REsp 1.057.274, j. 1.12.2009).

p. 36); «Assim, não podem as pretensões genuinamente coletivas ser identificáveis em relação a apenas alguns dos membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social (v.g., dos trabalhadores de determinado ramo produtivo, dos pais e alunos do sistema de ensino fundamental de certo Município, dos usuários de determinado plano de saúde). Daí deriva a natureza indivisível da pretensão coletiva» (VENTURI, Elton. *Op. cit.*, p. 50).

Pero ¿qué es al fin ese «perjuicio a la imagen y la moral colectiva de los individuos como síntesis de las individualidades»? Bueno, voy a poner aquí una imagen para ustedes, vamos a ver si logran percibir.⁹



Miren dónde está el abogado... Divertida, ¿no?

¡Y yo soy un abogado! Pero, como ya escribí, pueden ver en mi Instagram (@andreroque.cpc), soy abogado para sobrevivir y profesor para divertirme ...

Esta imagen es la representación de un cuadro que estaba en la sala de audiencias del Poder Judicial en la ciudad de Porto Alegre, sur de Brasil. La imagen es anecdótica, pero a la Orden de los Abogados de Brasil no le pareció ni un poco divertida y pidió la retirada inmediata del cuadro, alegando que era una imagen despectiva a la categoría de los abogados.

Risas aparte, tenemos aquí una situación que podría configurar daño moral colectivo. Miren: lo que fue violado por este cuadro no fue la reputación de ningún abogado individualmente considerado, sino la categoría de los abogados como un todo, es decir, una síntesis de las individualidades de los abogados como categoría profesional.

Entonces el daño moral dicho colectivo es perfectamente posible, porque la colectividad puede sufrir lesiones de naturaleza extrapatrimonial. La cuestión es saber ¿cuándo habrá el «daño moral colectivo»?

El daño moral colectivo no puede derivarse simplemente de la práctica de un acto ilícito. Y no puede ser la suma de daños morales individuales. Esto sería penalizar doblemente al responsable del mismo daño, condenándolo a pagar por los daños morales causados a cada individuo y también por los llamados daños morales colectivos.

Es necesario algo más, pero ¿qué sería? El Superior Tribunal de Justicia se encargó de establecer los requisitos para que se configuren los daños morales colectivos. En ese fallo aquí, del año 2016, se afirmó que:

9 Imagen original disponible en <<https://www.espacovital.com.br/publicacao-29306-a-litigt-morteltigt-da-vaca-litigation>>. Acceso en 31 dez. 2018.

La condena a la indemnización por daño moral colectivo en acción civil pública debe ser impuesta solamente a los actos ilícitos de razonable relevancia y que acarreen verdaderos sufrimientos a toda colectividad, pues de lo contrario se estaría imponiendo un costo a las sociedades empresarias (STJ, AgInt en AREsp 964.666, j. 25.10.2016).

Por lo tanto, los requisitos para que se configuren los daños morales colectivos pueden ser resumidos en los siguientes ítems: (i) grave ofensa a la moralidad pública; e (ii) ilicitud que sobrepase los límites de la tolerancia, considerando la repercusión social y la dimensión del fenómeno.

Por supuesto, estos requisitos son bastante subjetivos. Diría yo, son casuísticos. ¿Qué es una grave ofensa a la moralidad pública? ¿Qué es una ilicitud intolerable, con repercusión social?

Hay situaciones en las que, evidentemente, habrá daños morales colectivos. Nadie duda que si una emplea mantiene trabajo esclavo o de niños, habrá una ilicitud intolerable, extremadamente grave, que causa conmoción social. De la misma forma, en el caso de actos de corrupción —triste realidad en nuestros países: ahí está otro punto en común entre Perú y Brasil, pero que prefería que no existiera—. Si alguien practica actos de corrupción que implican daño a la salud pública, por ejemplo, ese responsable debe pagar por los daños morales colectivos.

Pero hay muchas otras situaciones que por no alcanzarse tal nivel de gravedad extrema o de expresiva repercusión social, son dudosas.

En este sentido, traigo algunos fallos más del Superior Tribunal de Justicia de Brasil de los años 2017 y 2018 — algunos casos en los que se consideró que no hubo daños morales colectivos, y otros juzgados que, de forma contraria, concluyeron que hubo daños morales colectivos.

Entre los casos que el Superior Tribunal de Justicia consideró que no hubo daños morales colectivos, están los siguientes:

1. **Comisiones bancarias indebidas (STJ, REsp 1.502.967, j. 7.8.2018):** se entendió, en este caso, que la repercusión era sólo patrimonial. Estoy de acuerdo. Bueno, soy abogado de bancos, pero juro que estoy siendo imparcial aquí... comisiones bancarias indebidas no acarrearán conmoción social, ni otros desdoblamientos extrapatrimoniales.
2. **Anulación de partidos de fútbol como consecuencia de fraudes practicados por el árbitro (STJ, AgInt en REsp 1.619.655, j. 19.10.2017):** bien, sé de la pasión de todos aquí por el fútbol. Ya dije que ese es un punto en común, entre tantos otros, que unen peruanos y brasileños. Pero la frustración con el resultado de un partido de fútbol no es motivo para pedir una indemnización por daños morales, mucho menos colectivos.

Si no fuera así, considerando que el equipo de que soy hincha... se llama Vasco da Gama, ya fue campeón de la Libertadores. Mi equipo hoy está en la zona de descenso del campeonato brasileño y yo tengo que confesar, ya descendió a la segunda división por tres veces en los últimos diez años.

Bueno, si no fuera así como concluyó el Superior Tribunal de Justicia, yo ya estaría rico de tanta indemnización por daño moral.

3. **Negativa a la cobertura, por el plano de salud, de lentes intraoculares necesarias para la cirugía de cataratas (STJ, AgInt en REsp 1.619.655, j. 19.10.2017):** aquí tengo dudas. Pienso que la negativa por el plan de salud a pagar por los lentes para la cirugía de cataratas es un ilícito que puede llegar a personas en situación de vulnerabilidad, en especial a los ancianos. En ese caso, sin embargo, consideró al Superior Tribunal de Justicia que la interpretación legal respecto a la obligatoriedad de la cobertura por el plan de salud era controvertida, entonces no hubo un ilícito insoportable, pero sólo una interpretación jurídica que acabó derrotada.

Ahora, vamos a los fallos en los que el Superior Tribunal de Justicia consideró que hubo daños morales colectivos:

1. **Desviación de dinero, en perjuicio de la salud pública (STJ, AgInt en AREsp 1.088.820, j. 7.8.2018):** para mí es un caso de daño moral colectivo evidente. Además de gravedad del ilícito –desviación de dinero público–, hubo perjuicio a la salud pública. Este es un ilícito que causa conmoción social, que induce a las personas a creer que la corrupción no será castigada. Esto no puede ser tolerado –ni em Perú, ni em Brasil– y fue justa la condena.
2. **Vicio de cantidad en el producto vendido por la demandada, en desacuerdo con las informaciones contenidas en el embalaje y en su publicidad (STJ, REsp 1.586.515, j. 22.5.2018):** para mí, otro caso dudoso. El vicio de cantidad –poner dentro del embalaje menos producto de lo que está anunciado– trae en sí evidente daño patrimonial. Pero me cuesta creer que hay aquí un ilícito de extrema gravedad o conmoción social porque, por ejemplo, faltaron 100 gramos de jabón en polvo en la caja. Creo que lo que llevó el Superior Tribunal de Justicia a esa conclusión fue lo que llamo carácter inhibitorio de los daños morales. Piensen bien: si un fabricante pone 100 gramos de jabón en polvo menos en una caja, no vale la pena para nadie pedir esto en un proceso individual. Pero para el fabricante, que causa estos daños de forma pulverizada, a miles de consumidores, el beneficio indebido es significativo. Entonces, para evitar que esta práctica se repita, el Poder Judicial condena a ese fabricante en daños morales colectivos.¹⁰

10 La jurisprudencia en Brasil, de forma ampliamente dominante, ha reconocido que la indemnización por daños morales, además de la función compensatoria, posee también carácter punitivo, de manera a inhibir que el reo siga cometiendo nuevos ilícitos. Sin embargo, véase entendimiento doctrinal que critica ese posicionamiento: «É sabido que o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das punitive damages do direito norte-americano, é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estará compensada com determinado valor, o que receber a

3. **Programa de televisión, en el que se exponía la vida y la intimidad de niños y adolescentes cuyo origen biológico era objeto de investigación (STJ, REsp 1.517.973, j. 16.11.2017):** en ese caso no tengo dudas de que hubo daños morales colectivos. La exposición de la intimidad de personas potencialmente vulnerables, como niños y adolescentes, es un ilícito de extrema gravedad y que puede causar conmoción social. En mi opinión, en ese caso la condena fue correcta.

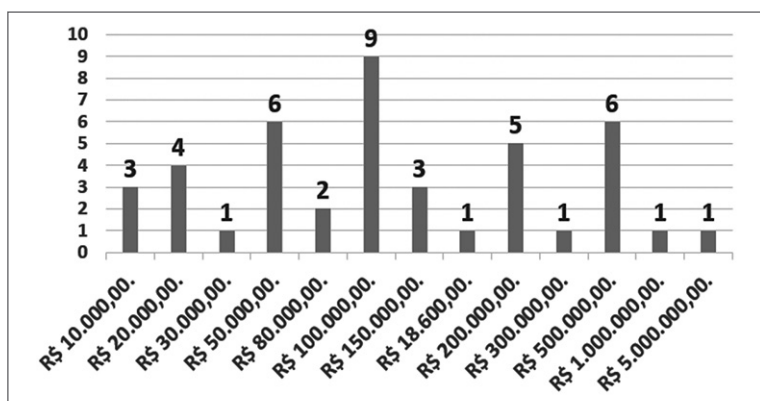
Como ustedes pueden percibir, la verificación de los daños morales colectivos es siempre hecha caso por caso, teniendo por ejes la gravedad del acto ilícito y la repercusión social de la cuestión. No es posible establecer criterios objetivos, pero un análisis de los precedentes sobre la materia ayuda a definir parámetros más precisos.

3. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES COLECTIVOS

Por último, tenemos una cuestión más. ¿Cómo cuantificar la indemnización por daños morales colectivos? Y, como no podría dejar de ser, la cuestión aquí también es casuística y vuelve a depender de la gravedad del ilícito y de la repercusión social de la controversia.

Para que tengamos una mejor idea al respecto, hice un análisis estadístico de los valores de indemnización por daños morales colectivos que han sido fijados por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, de la ciudad donde yo vivo, en los últimos dos años. No lo hice en el Superior Tribunal de Justicia porque en mi país los órganos de cúpula normalmente aprecian sólo cuestiones de derecho y no cuestiones de hecho. Por este motivo, en general el Superior Tribunal de Justicia mantiene los valores de indemnización fijados por los tribunales inferiores.

Pues bien, como ustedes pueden ver aquí en el gráfico, he enumerado 43 casos en los años 2017 y 2018 en el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro.



Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (43 decisiones, 2017-2018).

mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito» (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 364-365).

Estos valores aquí abajo del gráfico están en reales, que es la moneda en Brasil.

Para que tengan una idea, un real hoy día¹¹ corresponde a más o menos 0,80 soles peruanos. Entonces, 100.000 reales equivalen a más o menos 80.000 soles.

Como ustedes pueden ver, la mayor parte de las indemnizaciones es de aproximadamente 80.000 soles – son 9 en 49 juzgados. Son normalmente casos sobre derechos del consumidor. Casos más graves, de reiterado ilícito por los proveedores, llegan a 160.000 soles o hasta 400.000 soles. Ahora, ese único caso aquí, que corresponde a 4 millones de soles, fue una excepción: fue justamente una acción en la que se comprobó la práctica de actos de corrupción, con desvío de dinero público y perjuicios al área de la educación de niños y adolescentes.

En síntesis, por lo tanto, casos comunes de daño moral colectivo alcanzan cerca de 80.000 soles, pero hay casos más graves, en que se llegó a hasta 4 millones de soles.

Todo esto digo, sin embargo, en la esfera civil.

En la justicia del trabajo de mi país, las indemnizaciones por daño moral colectivo a los empleados han sido mayores.

En ese sentido, traigo un ejemplo, en lo cual las Lojas Americanas –una tienda de departamentos bastante conocida en Brasil– fueron condenadas a pagar daños morales colectivos de aproximadamente 800.000 soles. El caso fue extremadamente grave: cárcel privada de un empleado que reclamó la falta de pago de su salario.¹² Pero han sido comunes casos de daños morales colectivos de cerca de 400.000 soles en la justicia del trabajo brasileña, lo que se explica por la vulnerabilidad en que normalmente se encuentran los empleados.

Mis amigos, hay algunos principios jurídicos que son fundamentales y que no pueden dejar de ser abordados en una conferencia. Un principio que es fundamental, que es lo más importante de todos que cualquiera pueda hablar aquí esta noche es el principio de la duración razonable... de la conferencia.

Es hora de cerrar.

No podría terminar, sin embargo, sin registrar una vez más mis agradecimientos por la oportunidad de estar aquí. Espero poder volver otras veces más.

Por la atención y por la paciencia de todos –espero que haya logrado hacerme entender–. Muchas gracias.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Río de Janeiro: Forense Universitária, 2004, segunda edición.

11 La conferencia se realizó el 20 de septiembre de 2018, cuando un real brasileño correspondía a aproximadamente 0,80 soles peruanos.

12 Noticia disponible en <<https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2018/08/08/mpt-de-campinas-condena-lojas-americanas-a-pagar-r-1-milhao-por-danos-morais-coletivos.ghtml>>. Acceso en: 31 dez. 2018.

- ALVIM, Marcia Cristina de Souza. «Ética na informação e o direito ao esquecimento». En: SARLET, Ingo Wolfgang *et. al* (Org.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Manual de processo coletivo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, Igor Chagas de. *Direito ao esquecimento: reação à expansão sistêmica dos meios de comunicação de massa?* 2016. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponible en <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20972/1/2016_IgorChagasCarvalho.pdf>. Acceso en: 31 dez. 2018.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COSTA, André Brandão Nery. «Direito ao esquecimento na internet: a scarlet letter digital». En: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Luciana Helena. *O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de urls prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16525/Dissertacao_Luciana_Goncalves_finalissimo.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acceso en: 31 dez. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2017, quarta edición.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira. «Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro». *Revista dos Tribunais*, agosto 2014, vol. 103, n.º 946.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. «O direito ao esquecimento na Internet». En: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, terceira edición.
- NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. «Do direito à identidade ao direito ao esquecimento: uma breve comparação entre a posição do Tribunal de Justiça da União Euro-

peia e do Superior Tribunal de Justiça». *Revista Forense*, jul./dez. 2015, vol. 111, n.º 422.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

VIOLA, Mario; VARGAS, Vanessa. «Breves considerações sobre o direito ao esquecimento no Brasil: lições do Supremo Tribunal Federal no caso das biografias não autorizadas». En: BELLO, Enzo y RIBEIRO, Samantha S. *Democracia nos meios de comunicação: pluralismo, liberdade de expressão e informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. «Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos». *Revista de Processo*, abr-jun/1995, vol. 78.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, sexta edición.

OBLIGACIONES Y RIESGOS

*Thiago Rodovalho**

Sumario: 1. Introducción.– 2. Consideraciones iniciales.– 3. Vicios de origen y vicios de ejecución. *Pacta sunt servanda* y base objetiva del negocio jurídico.– 4. La hermenéutica contractual.– 5. Conclusión.– 6. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente trabajo apunta a un breve análisis de la transformación por la que pasó el derecho privado y, en especial, el derecho de las obligaciones, del siglo XIX, de nítido carácter individualista, para los siglos XX y XXI, que procuraron superar el egoísmo humano, buscando una socialidad en el mundo jurídico, teniendo como objetivo el denominado *welfare state*. En este contexto constatamos un derecho privado que migra de un sistema cerrado a un sistema al menos semiabierto, si no abierto de hecho, impregnado de cláusulas abiertas y conceptos vagos, permitiendo una mayor libertad al intérprete. Ganan, así, especial relevo las figuras de la función social, buena fe y el abuso de derecho, y bajo ese prisma deben ser analizados el derecho de las obligaciones y los contratos.

Palabras Llave; libertad; seguridad jurídica; buena fe.

Abstract: *This work pretends to make a brief analysis of the transformation that passed the Private Law, and in particular the contract law, from the nineteenth-century, time of clear character individualistic, for a XX and XXI centuries, which sought to overcome the human selfishness, seeking sociality in the Law Study, with the aim of the so-called welfare state. In this context, we see a Private Law which migrates from a closed system to a system at least semi-open, if it not opens in fact, permeated “open terms” and “vague concepts”, allowing greater freedom to the Judge. And reach special relief figures like the Social Function,*

* Profesor-doctor de la PUC|Campinas (Graduación y Maestría). Doctor y Maestro en Derecho Civil por la PUC/SP, con Post-Doctorado en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

Good faith and Abuse of Law. And in this light should be analyzed the Law of Obligations and Contracts.

Keywords: Liberty; law security; good faith.

1. INTRODUCCIÓN

Un punto fundamental y siempre polémico que despierta grandes pasiones en la ciencia del derecho es el fenómeno de la interpretación. Hace siglos, en la filosofía del derecho, se celebra el eterno debate acerca de cómo debe darse en la praxis el trabajo del intérprete.

Y este polémico tema es especialmente costoso a los negocios jurídicos, en especial a los contratos, puesto que al mismo tiempo que se insertan dentro de la autonomía privada, no pueden huir a ciertos preceptos y dictámenes del ordenamiento jurídico y con ellos deben ser interpretados.¹

En este artículo no tenemos la intención de enfrentar el tema de la interpretación bajo los múltiples aspectos de la filosofía del derecho, dejando a ésta la ardua tarea de su análisis. Nuestro objetivo es insertar y enfrentar la cuestión dentro de la práctica del derecho privado, en especial de los contratos, expresión máxima de la autonomía privada, y gran exponente de los negocios jurídicos.

2. CONSIDERACIONES INICIALES

Entre las figuras del derecho privado, el contrato (al lado de la propiedad) ciertamente se consubstancia en una de las más polémicas, pero es también una de las más fascinantes. De figura incensada en el siglo XIX a la figura profundamente criticada en el siglo XX.²

Para comprender la transformación por la que pasó el contrato del siglo XIX para el siglo XX, dos codificaciones se presentan como absolutamente esenciales: el Código

1 En cuanto a esas dificultades hermenéuticas, puntúa, con mucha propiedad, MARTINS-COSTA, Judith. «O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil». In *Questões controvertidas no novo Código Civil*, v. 4. São Paulo: Método, 2005, p. 130: «Pois bem: se em linhas muito singelas esse é o perfil genérico da atividade hermenêutica no Direito é preciso desde logo deixar claro que, no campo específico da hermenêutica contratual, essa atividade é ainda mais complexa».

2 PINTO MONTEIRO, António. «Discurso». In PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 21: «O contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências económicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época (...) De “invenção admirável” a “frasco de perfume vazio”; de mecanismo privilegiado do relacionamento económico a instrumento de domínio; de expressão da personalidade humana a meio de opressão; de paradigma da justiça a veículo de abusos e iniquidade - eis alguns dos juízos antagónicos que o contrato suscita. Porventura residirá aí algo do seu fascínio».

Civil francés (*Code Napoléon*, 1804) y el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*, 1900); el primero, la codificación burguesa; el segundo, el más perfecto diploma civil ya elaborado en todos los tiempos.³

En ese contexto, el contrato, bajo la égida inaugural del *Code Civil*, gozó de un período de pilastra maestra del derecho privado (siempre al lado de la propiedad),⁴ simbólicamente⁵ (pero cuya simbología revela la fuerza de que gozaba el contrato para el Código Civil francés) como *fuerza de ley entre las partes* (CC fr. 1134 «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» [destacamos]).

Así lo era porque el nuevo Código Civil francés, y como expresión de la Revolución Francesa, tenía también como objetivo expurgar a la antigua *sociedad feudal* asentada en un Estado de privilegios y *clases sociales estancas* (la nobleza), buscando centrar la nueva sociedad que se inauguraba en Francia en los ideales de la *libertad e igualdad* (que se reveló inicialmente una igualdad meramente *formal*) y *fraternidad*.⁶

Esta suplantación de la antigua *sociedad feudal* a la que se refería a la Revolución Francesa (*Code Napoléon*), explica en parte la enorme influencia que el *Code* tuvo alrededor del mundo, traducándose en el *código del siglo XIX* (impacto *formal* y también de

-
- 3 NERY JUNIOR, Nelson. «Da proteção contratual». En PELLEGRINI GRINOVER, Ada *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2007, 9.ª ed, p. 507. A este respecto, ver también WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 3.ª ed., § 25, IV, 3, p. 554: «De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do Code Civil, até então tomado como modelo exclusivo».
 - 4 El Código Civil era *le palladium de la propriété*, en la expresión de Portalis (PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*. Bordeaux: Confluences, 1999, p. 15). El propio contrato, como observa Enzo Roppo, ocupaba, de cierta manera, una posición no autónoma, servil al derecho de propiedad, estando insertado en el *Code* en el capítulo referente a los *diversos modos de adquisición de la propiedad* (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, § 4.2, p. 42).
 - 5 Decimos *simbólicamente* en la actual comprensión que se ha dado a la expresión *fuerza de ley*. En ese sentido, cfr. Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, en comentario al CC ita. 1372 («Efficacia del contratto. Il contratto ha forza di legge tra le parti»), cuya redacción está inspirada en la del CC fr. 1134: «l'expression «il contr. ha forza di legge tra le parti» avrebbe carattere enfatico, e non un preciso significato giur» (CIAN, Giorgio e Alberto TRABUCCHI. *Commentario breve al Codice Civile*. A cura di Giorgio CIAN. Padova: Cedam, 2009, 9.ª ed., coment. I CC ita. 1372, p. 1437).
 - 6 Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. «A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”». En PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 52. Ver PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. *Op. cit.*, p. 61: «la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et affermir par le lois».

contenido),⁷ influenciando tanto nuevas codificaciones como siendo hasta simplemente transpuesto a otras naciones, que lo adoptaban íntegramente (su influencia se extendió inclusive a la Alemania, donde también llegó a ser adoptado en algunas regiones,⁸ antes de la promulgación del BGB en 1896 [que entró en vigor en 1900]).

Se trataba de una nueva codificación fuertemente influenciada por las doctrinas de Domat y Pothier,⁹ en la cual el *contrato*, como ejercicio de la autonomía privada, se traducía en la mayor expresión de la libertad individual,¹⁰ y eso era tan caro a los franceses que el contrato, en la célebre expresión Fouillée, pasaba a ser identificado con la idea de *justicia* (*justicia contractuelle*)¹¹ (*qui dit contractuel dit juste*).¹²

Así, este nuevo Código Civil, que tenía como vigas maestras la *propiedad* y el *contrato*, creó el campo jurídico en el cual la burguesía pudo desarrollarse, consolidando las bases y las condiciones necesarias (ambiente de libertad) para que el capitalismo se

-
- 7 Cfr. WIEACKER, FRANZ. *Op. cit.*, § 19, IV, 3, p. 391: «O Code Civil é um código de direito privado de primeira plana. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe uma coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB».
- 8 Sobre la influencia del *Code Civil* en el derecho alemán, cfr., entre otros, WIEACKER, FRANZ. *Op. cit.*, § 19, III e IV, p. 385 *et seq.*, especialmente p. 389; y ENNECCERUS, Ludwig; Theodor KIPP e Martin WOLFF. *Tratado de derecho civil - parte general* (revista e atualizada por Hans Carl NIPPERDEY). Barcelona: Bosch, 1953, tomo I, 2.ª ed., § 9, III, p. 28.
- 9 En la obra de Pothier, cfr., por ejemplo, POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoas e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciências, e do foro externo*. Trad. de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro-Paris: H. Garnier, 1906, tomo I, § 3, p. 4, e § 85, p. 58 *et seq.*
- 10 FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. Paris: Librairie Hachette et Cie, 1885, 2.ª ed., III, p. 53 e V, p. 352: «La civilisation n'a fait que développer les vertus dont le contract dépend et qui sont les vertus sociales par excellence: le souci de la liberté personnelle, le respect pour la liberté des autres, la fidélité à sa parole, la confiance dans la parole d'autrui (...) La liberté individuelle est le point de départ, l'union fraternelle des libertés est le point d'arrivée». V. también ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, § 2.3, pp. 28-29.
- 11 Cfr. FOUILLÉE, Alfred. *Op. cit.*, III, pp. 45-47. Esta expresión *justice contractuelle* gana nuevo ropaje en la moderna doctrina francesa; cfr. GHESTIN, Jacques y Christophe JAMIN. «Le juste et l'utile dans les effets du contrat». En PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: atualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 123 *et seq.*
- 12 FOUILLÉE, Alfred. *Op. cit.*, VI, p. 410: «En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit *organisme* dit *fraternité*, et qui dit *contractuel* dit *juste*»; en la traducción al español, cfr. FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1922, VI, p. 404: «En definitiva, la idea de un organismo contractual es idéntica a la de una fraternidad reglada por la justicia, pues quien dice *organismo* dice *fraternidad*, y quien dice *contractual* dice *justo*». Ver el estudio del autor sobre la fraternidad (y la dignidad de la persona humana), FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. *Op. cit.*, V, p. 323 *et seq.*, especialmente p. 329.

expandiera, traduciéndose en el siglo (siglo XIX) en que Europa se enriqueció enormemente.¹³

La crítica que se hace –correcta y necesariamente– al *Code* y al siglo XIX es que si bien libertad y la igualdad (aunque meramente formal) se hubieron efectuado, el ideal de la fraternidad (así como la igualdad *sustancial*) jamás se operó de hecho.

En ese escenario *jurídico y fáctico* en el que se contentaba con la mera igualdad formal y sin que se concretase el ideal de la fraternidad, la estructura hermética del *Code* no fue suficiente para dar las respuestas necesarias exigidas por la sociedad.

Así, si por un lado el *Code Napoléon* proporcionó las bases necesarias para el desarrollo del capitalismo y el enriquecimiento de Europa, por otra parte, esa estructura *cerrada* del Código Civil francés contribuyó, y mucho, a las distorsiones en materia contractual (sumisión de la parte más débil), además de las graves distorsiones sociales derivadas de esa sumisión.

Y la Revolución Francesa, a través de la magistratura (formada en la época por nobles del antiguo régimen), buscó en un código hermético la seguridad jurídica que necesitaba,¹⁴ de ahí por qué la interpretación que se daba inicialmente al *Code* era literal y exegética.

En consecuencia, el *pacta sunt servanda* fue llevado a las últimas consecuencias, de modo que la doctrina francesa interpretaba con rigor la expresión según la cual el contrato «*tiennent lieu de loi*» entre las partes.¹⁵

Esta concepción excesivamente formal y rigurosa del contrato, ignorando la inexistencia, a menudo, de igualdad sustancial entre las partes, así como las perturba-

13 En ese sentido, cfr. ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. «Função social da propriedade». En GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos e REALE, Miguel. *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 18-19.

14 Ver CC fr. 5.º «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises». Cfr., PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. *Op. cit.*, pp. 22 e 25: «Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité (...) les lois commandent; il sert de boussole et les lois de compas».

15 En este sentido, cfr. la exaltación de Demolombe, al comentar el CC fr. 1134: «Et d'abord, que toute convention, légalement formée, doit tenir lieu de loi aux parties, cela est d'évidence! cet effet-là est essentiel! puisque, autrement, la convention elle-même n'existerait pas» (DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*. Paris: A. Lahure, 1880, tomo I.º, vol. XXIV, § 387, p. 372); y LAURENT, François. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie, 1881, tomo II, § 544, p. 391: «La loi est l'expression de la volonté générale; elle oblige non-seulement les citoyens, elle oblige aussi le pouvoir chargé d'exécuter les lois et le pouvoir chargé de les appliquer. Toute considération d'équité est subordonnée à la loi; le juge doit l'appliquer, alors même qu'elle lui paraîtrait injuste: il n'a pas pour mission de juger la loi; il doit juger d'après la loi (...) Le juge aussi est lié par les conventions des parties, il ne peut pas les modifier au nom de l'équité». A este respecto ver PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*. Paris: LGDJ, 1923, tomo II, 9.ª ed., §§ 1164/1167, pp. 393-394.

ciones que pueden afectar al cumplimiento de las prestaciones,¹⁶ hizo que el contrato se tornase fuente de subyugación del más débil, hizo que el contrato fuera fuertemente criticado y enfrentase su *crisis*,¹⁷ como de una forma general enfrentó aquel modelo de codificación hermética que era el *Code Napoléon*.

En ese sentido, esa hipertrofia de la idea de contrato y de exagerada libertad contractual condujeron a enormes injusticias *sustanciales* en los contratos (*contratos sustancialmente injustos*),¹⁸ lo que fue agravado con las crisis sociales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en un tenso ambiente que culminó en dos grandes guerras (Primera Guerra Mundial [1914/1918] y Segunda Guerra Mundial [1939/1945]).

En ese período, en materia *contractual*, el *Code* y su interpretación exegética no eran más aptos para proporcionar las respuestas adecuadas. Y fue justamente *cerrando* el siglo XIX y *abriendo* el siglo XX que fue promulgado el *BGB* (publicado en 1896 y entrando en vigor en 1900),¹⁹ período en el cual la influencia de la doctrina alemana ya empezaba a sobrepujar la doctrina francesa.

El *BGB* inaugura un nuevo modelo de Código Civil, no más rígido y cerrado, sino un código dotado de cierta *movilidad*,²⁰ que le es conferida por la presencia de las cláusulas generales (*Generalklauseln*),²¹ aunque este modelo *móvil* traiga en sí un cierto

16 Aunque, curiosamente, Francia fue uno de los primeros países, a principios del siglo XX, en editar leyes admitiendo la resolución de contratos debido a la perturbación en las prestaciones ocasionada por la situación de guerra. V. Loi Faillot, de 21 de enero de 1918.

17 Las críticas que encontraban eco en la doctrina francesa, como se puede observar en RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 271 *et seq.*

18 ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, § 3.3, p. 38.

19 Sobre los trabajos de elaboración del *BGB*, cfr., entre otros, WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, § 25, p. 536 *et seq.*; y Ludwig ENNECCERUS, Ludwig; Theodor KIPP e Martin WOLFF. *Op. cit.* § 11, p. 29 *et seq.*

20 Un código que es un *sistema*, pero que no está *cerrado*, tampoco está *abierto*, y que es, sí, *móvil* (dotado de movilidad que aporta perfeccionamiento a través del ejercicio, de la aplicación y de la interpretación de las cláusulas generales): NERY JUNIOR, Nelson. «A base do negócio jurídico e a revisão do contrato». En NEGRÃO PEREIRA DOS REIS, Selma (coord.) *et al. Questões de direito civil e o novo código*. São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004, p. 48. Ver también CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.^a ed., § 4.^o, p. 127 *et seq.*

21 NERY JUNIOR, Nelson. «Contratos no Código Civil - apontamentos gerais». En FRANCIULLI NETO, Domingos *et al. O novo Código Civil - homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2007, 2.^a ed., pp. 421-423; e WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, § 25, III, p. 545 *et seq.* A este respecto, cfr. también GIORGIANNI, Michele. «La morte del codice ottocentesco». *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1980, I, pp. 52-55, en especial p. 53: «Il codice dell'800 non solo è al tramonto -dicevo- ma è morto. È morto perché è cambiato l'ambiente culturale in cui esso era sorto, perché è morta quella civiltà che esso era chiamato a disciplinare (...) Il codice dell'800, come è stato ricordato ieri, operava in una società che esaltava l'individuo. La società attuale all'individuo deve necessariamente aggiungere una qualificazione che richiama il gruppo economico a cui appartiene».

grado de incertidumbre jurídica, exigiendo una postura *responsable y prudente* de la doctrina y, especialmente, de la jurisprudencia.²²

Sin embargo, fue precisamente esta *movilidad*,²³ conferida al sistema de derecho privado por el *BGB* y por la doctrina alemana, la que contribuyó a la *transformación* del contrato,²⁴ confiriéndole una connotación y un sentido *ético y social* (*buena fe*²⁵ y *función social del contrato*).

22 NERY JUNIOR, Nelson. «Contratos no Código Civil - apontamentos gerais». *Op. cit.*, § 22, pp. 430-431; y LARENZ, Karl. *Derecho civil - parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, § 1.º, IV, pp. 33-34. A este respecto, cfr. también GIORGIANNI, Michele. *Op. cit.*, p. 55: «La nuova tecnica normativa fa talora gridare che è finita la certezza del diritto, mas in realtà, è la fine di un certo tipo di certezza, no la fine della certezza. Certo la nuova técnica finisce con l'attribuire al giudice maggiori poteri. Ma l'esperienza dimostra che il giudice –anche allorché operava in un campo lo costringeva a minore latitudine interpretativa– non è stato mai sordo ai richiami dell'ambiente in cui vivera. L'idea di un giudice che operasse in un ambiente che lo isolava dalla luce e dai rumori esterni, è sicuramente fuori della realtà». En Alemania, como noticia WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, § 25, III, 3, pp. 545-546, este sistema móvil que exime al juez a la autorresponsabilidad, encontró (en Alemania) una jurisprudencia civilista que se mostró «suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à “obediência inteligente” do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma reflectida e ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social». En Brasil, donde ese modelo de *Código Civil abierto* todavía es relativamente nuevo (el actual CC bra. es de 2002), la jurisprudencia sigue evolucionando entre la tensión de la *seguridad jurídica* y el uso responsable de las *cláusulas generales*; a ese respecto, como puntuó José Oliveira Ascensão, en entrevista al *sitio electrónico* Consultor Jurídico, en 12/10/2009 <<http://www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil>>: «A situação do Brasil é muito paradoxal. No século XIX e grande parte do século XX, o Brasil viveu numa situação de positivismo jurídico. Considerava-se que as leis deviam ser aplicadas cegamente. Ainda assim, havia e há uma discrepância entre o que dizem as leis e o que se aplica. É um problema de formação jurídica. É preciso que as pessoas que aplicam a lei tenham a formação jurídica adequada para manusear as leis que agora já não são rígidas, não são mais aqueles instrumentos que tiravam do juiz a possibilidade de procurar algo mais perfeito. Se o juiz não é capaz de utilizar esse instrumento, o resultado não é bom. Tenho esperança de que o Código Civil seja um estímulo ao reforço da formação jurídica. Portanto, estamos entre uma potencialidade e um risco. Vamos ver o que acontece».

23 Movilidad que es responsable de la supervivencia del *BGB* hasta el día de hoy; NERY JUNIOR, Nelson. «Contratos no Código Civil - apontamentos gerais». *Op. cit.*, § 4, p. 421; y GOMES, Orlando. «A caminho dos micro-sistemas». En *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 42.

24 Y, como acentúa Guido Alpa, el *BGB* es uno de los pocos códigos a dar una disciplina analítica a los contratos (declaración de la voluntad [§§ 116/144], contrato en general [§§ 145/185], y obligaciones contractuales [§§ 305/361]) (ALPA, Guido. «Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões». En PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 102).

25 Aunque el CC fr. 1134 3ª parte ya contenía precepto preconizando que los contratos debían ejecutarse de buena fe («Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui

Este período empieza a marcar una migración del *individualismo* hacia la *socialidad* y el *Estado de bienestar social* (*Welfare State*),²⁶ en el que el fundamento ideológico pasa a ser el personalismo ético²⁷ (dignidad de la persona humana), con una percepción de que la libertad extremada que han prevalecido en la concepción de contrato del siglo XIX no condecía más con esa nueva sociedad, de tal suerte que esa *publicitación* o *socialización* del derecho privado fue especialmente sentida en el campo del derecho contractual (del *laissez-faire contractual* a la *publicitación del contrato*).²⁸

En razón de esa mayor injerencia Estatal en la vida de los contratos, trazándole límites y delineando la libertad de contratar, mucho se habló, en el siglo XX, en *decadencia de los contratos* o *crisis de los contratos* o aún *la muerte de los contratos*.²⁹

Estos anuncios de *decadencia* o de *muerte* del contrato son, en verdad, equivocados y exagerados.³⁰ El contrato no murió ni vendrá a morir; el contrato, sí, es verdad, se transformó y se salvó. Así, hubo una *revisión del concepto jurídico de contrato*.

Decimos que el contrato se *salvó* con esa transformación puesto que permaneciendo aquella concepción exegetica y formal de contrato fatalmente llevaría al aniquilamiento de aquello que ella misma pretendía proteger: la libertad. Sólo puede haber *libertad* donde la manifestación de voluntad no se traduce como *sumisión* del más débil al más fuerte.³¹ En ese caso, no hay libertad y sí mera subyugación. Cuando el ordena-

les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi»), la interpretación hipertrofiada que se daba al contrato en la exegetica francesa impidió que esa previsión hubiera gozado del impacto y de la relevancia del BGB § 242 («**Leistung nach Treu und Glauben.** Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»), en español «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico»).

26 Cfr. CF mex. (1917) Artículo 4: «El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa»; e Constituição de Weimar (1919) Artículo 152: «Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig» («En materia económica vigora la libertad contractual, conforme establece la ley. La usura está prohibida. Los negocios jurídicos contrarios a la moralidad son nulos»).

27 LARENZ, Karl. *Derecho civil - parte general*. Op. cit., § 2.º, p. 44 et seq.

28 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008, 11.ª ed., § 23, p. 203; PINTO MONTEIRO, António. Op. cit., p. 21.

29 Cfr. GILMORE, Grant, *passim*, especialmente p. 49 et seq, en el cual el autor predica la muerte del contrato («il contrato sia morto»), intentando sustituirlo por la teoría de la *Consideration* (ver pp. 3-4). A este respecto, cfr. también ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 47, p. 706 et seq.

30 ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 47, p. 707; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., § 23, pp. 201-203; y ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 2000, vol. 1, 10.ª ed. (5.ª reimp.), § 53, nota 1, pp. 211-212.

31 Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. «A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”». Op. cit., § 2, pp. 51 e 61. Ver HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português - teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009, 5.ª reimp., § 90, p. 55: «De outro modo, uma autonomia privada, baseada numa igualdade formal sem limi-

miento jurídico, en el siglo XX, empieza a revisar el concepto de contrato introduciéndole nuevos y esenciales preceptos (tales como *cooperación, deberes laterales, equilibrio y proporción, buena fe, función social, equidad como criterio de determinación o integración del contrato*,³² *justicia contractual*), que originariamente no le eran tan queridos, esa transformación, en verdad, *salva* el contrato y *salva* la propia libertad contractual, permitiendo la verdadera *coexistencia de libertades (integración de libertades coexistentes, equilibrio de las libertades)*³³ y no mero subyugo (contractual).

Esta comprensión es importante para tener el contrato no como *muerto* y sí como revitalizado,³⁴ ya que el contrato se traduce en una de las más importantes formas de *creación y circulación de riquezas*.³⁵ Más que eso, es *expresión de la libertad humana*, guardando el *principio de la libertad contractual* estrecha relación con el propio *principio de la democracia*, por lo que es constitucionalmente protegido.³⁶ Por eso, esa

tações, conduziria, em etapas sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da própria autonomia privada. No entanto, “a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada” (Bernd RÜTHERS. *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª ed. München, 1991, n. 40, ver também n. 24; Helmut KÖHLER. *BGB Allgemeiner Teil*, 21.ª ed., München, 1991, pp. 105-106).

32 Cfr. CC ita. 1374: «**Integrazione del contratto**. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità». Ver CRISCUOLO, Fabrizio. «Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità». En: *Rivista dell'Arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 73.

33 Immanuel KANT. *Metafísica dos costumes - princípios metafísicos da doutrina do direito*, Parte I, Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 36-37: El derecho es, pues, «o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal (...) uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal».

34 PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 21: «Diagnosticou-se a “crise” do contrato, apregouou-se o seu “declínio”, anunciou-se a sua “morte” - mas é a sua vitalidade jurídica que ressalta». Ver también ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. *Op. cit.*, § 59, pp. 228-229.

35 ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, § 1.2, pp. 10-15; PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 21.

36 NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 7.ª ed., comentarios. 3 e 7 CC 421, pp. 529-530; HÖRSTER, Heinrich Ewald. *Op. cit.*, § 83, p. 52. Disertando sobre la relevancia de la libertad contractual para la sociedad de derecho privado y sobre la estrecha relación entre ella (libertad contractual) y el principio de la democracia, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. «A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”». *Op. cit.*, pp. 51 e 56. En cuanto a la importancia de la libertad contractual para la democracia, vale la pena señalar que Rusia, tras el fin del comunismo, pasó a proteger, ya en la apertura de su actual Código Civil, la libertad contractual, así como reconocer las garantías de la libertad individual, de propiedad; CC rus. 1.º: «The civil legislation shall be based on recognizing the equality of participants in the relationships regulated by it, the inviolability of property, **the freedom of agreement**, the inadmissibility of anybody's arbitrary interference into the private affairs, the necessity to freely exercise the civil rights, the guarantee of the reinstatement of the civil rights in case of their violation, and their protection in the court».

transformación y revisión del concepto de contrato no tienen el permiso de traducirse en negación de la autonomía privada y, por consiguiente, de la libertad contractual,³⁷ sino la funcionalización³⁸ (función social) de la autonomía privada y de la libertad contractual (así como se pasó con la funcionalización [función social] de la propiedad³⁹), delineando contornos a fin de evitar abusos,⁴⁰ permitiendo la *coexistencia de libertades* (*integración de libertades coexistentes, equilibrio de las libertades*), que marca un verdadero Estado *democrático* de derecho.

En este contexto, la relación jurídica *contractual* (como expresión máxima de la relación jurídica obligacional) pasa a ser vista como una relación jurídica de *cooperación entre las partes*,⁴¹ de *equilibrio y proporción*,⁴² permeada por la buena fe⁴³ y por la idea

37 CANARIS, Claus-Wilhelm. «A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”». *Op. cit.*, p. 56: «Se se quer responder à questão da razão da legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração dos negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com esta alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual».

38 Cfr. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, especialmente Cap. 4, p. 53 *et seq.* Ver RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, § 1.º, p. 25 *et seq.*, e § 3.1.5, pp. 104-115.

39 Cfr. Constitución de Weimar (1919) Artículo 153: «Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste» («La propiedad está garantizada por la Constitución. Sus contenidos y sus limitaciones se derivan de las leyes. La expropiación sólo podrá hacerse si se atiende al bien común y exista una base legal para ello. Se hará siempre mediante adecuada indemnización, salvo se la ley del Reich disponga en contrario. En caso de litigio, el valor de la indemnización podrá ser discutido en los tribunales ordinarios, a menos que las leyes del Reich dispongan de manera diversa. El Reich sólo podrá expropiar a los Estados, municipios y colectividades de interés general mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe constituir, al mismo tiempo, un servicio en el más alto interés público»).

40 Límite negativo (lo que no se puede hacer), CANARIS, Claus-Wilhelm. «A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”». *Op. cit.*, p. 58. Ver también HÖRSTER, Heinrich Ewald. *Op. cit.*, §§ 107/108, pp. 65-66.

41 BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Trad. de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I, p. 2 *et seq.*: «La idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de obligaciones» (p. 3). En el mismo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil - do inadimplemento das obrigações* (arts. 389 a 420). Coord. Sálvio de Figueiredo. Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, tomo II, pp. 20-30; y RODOVALHO, Thiago. «Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações». *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009, n.º 37, p. 261. Ver MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene,

de *equidad* (ejecutada de buena fe), traducándose en un *proceso*, y polarizada por su *fin*⁴⁴ (cumplimiento de la prestación principal y consecuente liberación de las partes).

3. VICIOS DE ORIGEN Y VICIOS DE EJECUCIÓN. *PACTA SUNT SERVANDA* Y BASE OBJETIVA DEL NEGOCIO JURÍDICO

De este modo, en ese nuevo escenario en que se delineó una nueva concepción de la relación jurídica contractual, los *contratantes* pasaron a gozar, en suma, de dos momentos de protección en la vida contractual: (i) protección contra los vicios en el *origen*; y (ii) protección contra los vicios en la *ejecución*.

Los vicios de *origen* son aquellos que maculan el contrato ya en su nacimiento, como aquellos que vician el *consentimiento*, como el error, el dolo, la coacción, el estado de peligro, la lesión. La protección contra los vicios de *origen* también puede ser percibida en la protección que el ordenamiento jurídico confiere a la parte más débil (como ocurre, por ejemplo, en la protección al consumidor, o en la protección al adherente, en contratos de adhesión), trazando reglas protectoras para hacer más paritaria la celebración de un contrato.⁴⁵

Por su parte, los denominados vicios de *ejecución* se reflejaban en las perturbaciones que ocurren *sobrevenidas* a la celebración del contrato, es decir, que ocurren en la constancia de su ejecución y de su cumplimiento.

Estos vicios son precisamente aquellos que más carecían de una respuesta del ordenamiento jurídico, ante la insuficiencia que la interpretación exegética de la obligatoriedad contractual.

En este contexto, son naturalmente los contratos de ejecución diferida o de larga duración (contratos de trato sucesivo) a los que se someten a dichas perturbaciones.⁴⁶

1996, p. 410, que hace referencia a la *obligación de cooperación* como expresión de la solidaridad recíproca existente en los *contratos relacionales*.

42 ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) - uma análise histórica e cultural*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Faculdade Paulista de Direito/ Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004, pp. 199-210.

43 La buena fe se consubstancia en el principio fundamental de la relación jurídica obligatoria (y por vía de consecuencia de la relación jurídica contractual) (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, § 10, p. 142 *et seq.*).

44 COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 17: «O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim». En el mismo sentido, CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 2007, 4.ª ed., §§ 14-15, p. 62, e § 17, p. 70.

45 Cfr, entre otros, NERY JUNIOR, Nelson. «Da proteção contratual». *Op. cit.*, p. 504 *et seq*; Cesare MASSIMO BIANCA, Cesare. «Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo». En CORDOBA, Marcos M. (director). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005, 1.ª reimp., t. II, Cap. X, p. 189 *et seq*; y MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000, vol. 3 (Il contratto), 2.ª ed., p. 373 *et seq*.

46 MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 12-13 e 73.

Es evidente que los contratos de ejecución *inmediata* se someten a vicios originarios, es decir, que les macula el surgimiento, hay vista que no sufren influencia del tiempo hábil para causarles perturbaciones en su cumplimiento.

Sin embargo, de modo contrario, los contratos de *ejecución diferida* o de *larga duración* se amplían en el tiempo y, justamente por eso, sufren una fuerte influencia de los cambios que circunstancias originales pueden experimentar a lo largo de ese tiempo de vida del contrato.

La forma en que el ordenamiento jurídico pasó a tratar con esta perturbación al contrato de *ejecución diferida* o de *larga duración* ocasionada por la alteración de las circunstancias se alteró profundamente del *Code* para la revisión del concepto de relación jurídica contractual.

En esa visión inicial del *Code Napoléon*, el *vinculum iuris* formado por el contrato celebrado entre las partes no podía ser roto, sino por el mutuo consenso, lo que transformaba el contrato de *ejecución diferida* o de *larga duración* en fuente de incertidumbres y temores.

La relación jurídica contractual, sin embargo, no puede tener el permiso de traducirse en una especie de «lotería», quedando a cargo de la *suerte* o de la *aleatoriedad* (a excepción de los contratos aleatorios, evidentemente), como si la parte contratante —que celebre un contrato de *ejecución diferida* o de *larga duración*— tuviera sobre su cabeza una verdadera espada de Damocles, sin saber si podrá o no cumplir con el contrato, si sobrevienta sensible alteración de las circunstancias (= base objetiva del negocio jurídico).

Es evidente, y no se niega, que siempre habrá *buenos* y *malos* contratos celebrados (dentro de la *legítima* negociación entre las partes [sin que ocurra ninguno de los vicios de la voluntad o sociales que pueden macular el negocio jurídico]), así como perturbaciones al contrato que no dan lugar a su *revisión o resolución*, es decir, perturbaciones que están dentro de la *alea normal* del contrato. Pero en lo que se refiere a la perturbación que exceda la *alea normal* del contrato, la situación jurídica debe ser enfrentada de manera diferente, imponiéndose la revisión del contrato (ya sea por medio de *renegociación* entre las partes, bien por medio de *revisión* judicial) o, de igual forma, si no es posible la conservación del contrato, que se procede a su *resolución*.

Siendo así, aquella nueva concepción de relación jurídica contractual, comprendida como *relación jurídica* de *cooperación*, sitúa a las partes no más como *adversarias*, en polos absolutamente antagónicos, sino como contratantes que apuntan a un objetivo común: el fiel cumplimiento del contrato. Decimos *fiel* cumplimiento del contrato, pues exigir el cumplimiento del contrato exactamente como pactado —ignorando la sensible o drástica perturbación causada por la alteración de las circunstancias— no se consubstancia en *ejecución fiel* del acordado y sí en pretender *exigir más de lo que parezca digno de exigir*,⁴⁷ alejándose incluso de la voluntad (*objetivada* [base objetiva]) *original* de las partes, cuando celebraron el contrato.

47 ANDRADE NERY, Rosa María Barreto Borriello de. *Op. cit.*, p. 118.

En todos los contratos, con especial atención en los contratos de *larga duración* o de *ejecución diferida*, la cooperación entre las partes para la consecución de las finalidades deseadas es un elemento absolutamente esencial.

Evidentemente, cuando se habla que la relación jurídica *obligacional* (de la cual la relación jurídica *contractual* es la expresión por excelencia) se consubstancia en *relación jurídica de cooperación*, no se ignora que las partes celebran un contrato teniendo en cuenta sus intereses propios y específicos, pero, al celebrar el contrato, pasan a tener también un interés jurídico *común*, que se traduce, justamente, en el interés que el contrato alcance su finalidad con su fiel cumplimiento.⁴⁸

Siendo así, las partes no vuelven sus ojos sólo para su *fin* específico, como si fueran independientes del otro; al contrario, presupone y determina el ordenamiento jurídico que ambas partes *cooperarán* para que la finalidad del contrato, tal como se acordó entre ellas, sea alcanzada y para que ambas puedan usufructuar las ventajas derivadas de dicha relación contractual (= función social del contrato).

Esta es la razón por la cual la relación contractual –especialmente la relación contractual derivada de un contrato de *ejecución diferida* o de *larga duración*– debe ser vista como *proceso* en su totalidad, como un sistema de procesos encadenados para viabilizar la consecución de las finalidades pretendidas, que hace nacer para las partes otras obligaciones (obligaciones laterales) diversas de la prestación principal.

De este modo, este deber de *cooperación* implica un «dever de consideração para o alter».⁴⁹ Cooperar es así «um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o “outro”, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual».⁵⁰

48 COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *Op. cit.*, p. 19: «Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo». Disertando sobre la *reciprocidad* que debe haber en las relaciones duraderas, con base en la *regla de oro* (no *hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti*), ver ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, § 26-D, p. 389; y haciendo incluso referencia a la figura del *abuso de derecho* en la negativa a cooperar para que el contrato pueda realizar su interés común, ver MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, p. 423. Defendiendo la importancia de esa *reciprocidad* (*recíproca actitud de comprensión*) en la *dinámica* y la *evolución periódica* de los contratos de larga duración, ver MORELLO, Augusto M. *Contrato y proceso-aperturas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 47. Cfr., GOMES, Júlio. «Cláusulas de *hardship*». En PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 179.

49 COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *Op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412; y MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil - do inadimplemento das obrigações* (arts. 389 a 420), v. V, t. II. *Op. cit.*, p. 42.

50 LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no código de defesa do consumidor - o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 5.^a ed., p. 1024.

Desprendidos de ese *deber de consideración para* (con) el otro impuesto por la buena fe y por el deber de cooperación es que exhalan para las partes deberes laterales (secundarios, anexos),⁵¹ pues como acentúa Clovis del Couto y Silva «*Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação*».⁵² Entre estos deberes laterales de cooperación se inserta también el *deber* (leal) *de renegociación contractual* (*deber de lealtad*), siempre que la perturbación causada al contrato de *larga duración* o de *ejecución diferida* tenga el permiso de alterar sensiblemente la base objetiva sobre la cual fue pactada.

A primera vista, cuando se habla de *revisión contractual* (oriundo de la *buena fe* que debe presidir las relaciones obligatorias y del *deber de cooperación*)⁵³ surge un conflicto con la idea del *pacta sunt servanda*. Sin embargo, tal conflicto, como señala Marasco, es *un conflicto solo aparente*.⁵⁴

Este *aparente conflicto* no es verdadero; se trata, en verdad, de un *falso* conflicto. No contradice con el principio del *pacta sunt servanda*; al contrario, lo sobrelleva. Como lo afirmamos arriba, la relación contractual es *polarizada* por su *fin* y por su *cumplimiento*. ¡Los contratos se celebran para ser cumplidos! Esta es una afirmación que sigue siendo actual. Es preciso, evidentemente, seriedad en la palabra comprometida. No se defiende aquí la mera supresión del principio del *pacta sunt servanda*. Este principio todavía se traduce en la *razón de ser* de los contratos (*ratio essendi*), está consubstanciado con el *alma* y la *vida* de los contratos.⁵⁵

El *pacta sunt servanda* es expresión del *principio de confianza* que debe presidir las relaciones obligacionales.⁵⁶ Y la idea de la *confianza* (*Vertrauenstheorie*) es tan cara al derecho obligacional que el ordenamiento jurídico atribuye *responsabilidad* a la pa-

51 Sobre deberes laterales derivados de la buena fe, cfr., entre otros, COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *Op. cit.*, pp. 91-98; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2.ª tirada, pp. 75-119; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - sistema e tópica no processo obrigacional*. *Op. cit.*, pp. 437-454; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. «A boa-fé na relação de consumo». *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, n.º 14, pp. 26-27; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato - novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2.ª ed., pp. 150-156.

52 COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *Op. cit.*, p. 96.

53 Cfr. MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, p. 152, según el cual la *correttezza* y la *buena fe* que deben presidir la ejecución del contrato expresan el carácter *cooperativo* de los contratos de larga duración.

54 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto - strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam, 2006, p. 1 *et seq.* Es también *aparente* el conflicto de la *renegociación contractual* con el *principio de la autonomía privada*, en ese sentido, cfr. MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 232 e 322 (a este respecto, ver también MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, pp. 97-98).

55 ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. «A função social dos contratos no novo Código Civil». En: PASINI, Nelson *et al.* *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: (s/e), 2003, p. 89. Ver también, CALVÃO DA SILVA, João. *Op. cit.*, § 16, p. 69, e § 35, p. 159.

56 Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, v. 1. *Op. cit.*, § 58, B, p. 227.

labra dada antes de la celebración de un contrato, hablando, por ejemplo, de *culpa in contrahendo*⁵⁷ y de *eficacia vinculante de las cartas de intenciones*⁵⁸ (ambas tutelas de las relaciones jurídicas de las negociaciones contractuales [*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*]).

De este modo, se defiende la supresión del *principio del pacta sunt servanda* y al mismo tiempo tutelar el *principio de la confianza* (*Vertrauenstheorie*) encierra en sí mismo contradicción.

Sin embargo, no se defiende la supresión del *principio del pacta sunt servanda*. La *revisión contractual* no se contradice con el principio del *pacta sunt servanda* (de lo contrario, admitir que el principio del *pacta sunt servanda* genera conflicto con la *posibilidad* de modificación del contrato equivaldría a defender una *contradicción* interna en el propio ordenamiento jurídico; el Código Civil, al mismo tiempo, *prescribe* la vinculación contractual, pero también admite su resolución por onerosidad excesiva).⁵⁹

En verdad, la *vinculación contractual* en los contratos de larga duración es debido a la influencia del *factor tiempo* en el contenido de las prestaciones, más compleja.⁶⁰ Así, la *posibilidad* de revisión del contrato puede surgir (y sólo así surge) cuando desaparecida o sustancialmente modificada la *base objetiva* sobre la que se ha edificado el negocio jurídico, a fin de *neutralizar* los efectos de esta perturbación al contrato y restablecer lo *originalmente* acordado entre las partes, es decir, restablecer el *equilibrio original* del sinalagma.⁶¹

Siendo así, no habiendo más la *base objetiva* sobre la cual el negocio jurídico fue pactado, no existe, realmente, la base contractual que se pretende ejecutar, de ahí el surgimiento de la *posibilidad* de modificación del contrato (*obligación de colaboración y cooperación* en la gestión del riesgo contractual en los contratos de larga duración),⁶²

57 Cfr. JHERING, Rudolf von. «Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen». En *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. I, Aalen: Scientia, 1981 (reimpresión de la edición de Jena, 1881), pp. 327-425; Se puede encontrar también en la traducción al portugués, JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 18 *et seq.* Ver NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Op. cit.*, coment. 24 CC 422, p. 539.

58 RAMOS, Fabiana D'Andrea. «O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos». En GRUNDMANN, Stefan y DOS SANTOS, Margarida (coords.). *Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos = Vertragsrecht Zwischen Freiheit und Schutzinteressen und andere Deutsch-Lusitanische Beiträge*. Coimbra: Almedina (Associação de Juristas Alemã-Lusitana), 2008, p. 155 *et seq.*

59 Cfr., en Perú, CC per. 1361 y 1440. Ver PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil)*. Lima: Palestra, 2003, tomos I y II, 2.^a ed. (reimp.)., comentarios. CC per. 1361, p. 311 *et seq.*, y Manuel de la PUENTE Y LAVALLE. *Op. cit.*, comentarios. CC per. 1440, p. 593 *et seq.*; en Itália, cfr. CC ita. 1372 y 1467. Ver MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, p. 4.

60 ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, § 26-A, pp. 376-378; y GOMES, Júlio. *Op. cit.*, p. 183.

61 MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, pp. 2 e 4.

62 MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, p. 213.

incluso como expresión de la buena fe que debe presidir la ejecución del contrato.

Todo contrato que se celebra tiene dos bases jurídicas: (i) una *subjetiva*; (ii) otra *objetiva*. La primera, la base *subjetiva* del negocio jurídico interesa al momento *originario* del contrato (motivos y vicios de la voluntad [campo de la invalidez del negocio jurídico = vicios de la voluntad o sociales del negocio jurídico]).⁶³

La segunda, la base *objetiva* del negocio jurídico se consubstancia justamente en el complejo de circunstancias *externas* al negocio jurídico, cuya persistencia debe ser razonable y objetivamente presupuesta para que se mantenga el alcance del contrato.⁶⁴

El concepto de base *objetiva* del negocio jurídico se tradujo en una evolución de las antiguas teorías de la *rebus sic stantibus*⁶⁵ y de la *presuposición*,⁶⁶ inicialmente delineada con originalidad y brillantez por Paul Oertmann⁶⁷ y luego mejorada por Karl Larenz.⁶⁸

Inicialmente, la teoría delineada por Oertmann aún era presa de cierta *subjetividad* (*representación mental* que una de las partes tenía en el momento de la conclusión

63 NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Op. cit.*, coments. 26/27 CC 422, p. 540; y LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, Cap. 1.º, IV, p. 38.

64 CIAN, Giorgio e Alberto TRABUCCHI. *Op. cit.*, coment. VIII CC ita. 1353, p. 1420; y NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Op. cit.*, coments. 28 CC 422, p. 540.

65 Que se remonta al derecho romano. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* ver, entre otros, OTHON SIDOU, José Maria. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 2.ª ed., pp. 4-23.

66 WINDSCHEID, Bernhard. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Basel: Buddeus, 1850; WINDSCHEID, Bernhard. «Die Voraussetzung». En: *Archiv für die civilistische Praxis* v. 78, 1892, pp. 161-202, republicado em WINDSCHEID, Bernhard. *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen*. Leipzig: Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik, 1984, v. II (1859-1892), pp. 457/498.

67 Paul OERTMANN. *Die Geschäftsgrundlage: eine neuer Rechtsbegriff*, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig-Erlangen, 1921, *passim*. Su teoría sobre la base objetiva del negocio jurídico es brevemente referida en su obra traducida al español: OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor, 1933, § 55, pp. 302-305 (en especial: «Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición, tomada en ese sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente —cosa que raramente sucede en tales casos— que había de producir esos efectos. El incumplimiento o la desaparición de esta base dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo. Esta teoría ha sido desenvuelta en detalle por el autor de este libro en su monografía sobre “La base del negocio” [Geschäftsgrundlage], tiene muchos puntos de apoyo en el Código [por ejemplo, arts. 321, 610, 459, 569-570, 779] y últimamente ha sido aceptada más de una vez por el Tribunal Supremo» [p. 305]).

68 Karl LARENZ. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht)*, 3.ª ed., München-Berlin: Verlag C. H. Beck, 1963 (obra traducida al español: LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. *Op. cit.*); y LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. *Op. cit.*

del negocio jurídico y que era conocida en su totalidad y no obstaculizada por la otra, o la común representación de las diversas partes contratantes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se funda la voluntad negociadora), lo que acarrearía cierta *inseguridad jurídica*.⁶⁹

En su obra *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Larenz procura dar una concepción más *objetiva*, evitando los problemas derivados de un *concepto que se aferra a caracteres subjetivos*. Así, Larenz conceptualiza la base objetiva del negocio jurídico como «el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratistas–, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”». ⁷⁰

De este modo, el análisis de las circunstancias *objetivas* que compusieron la base negociadora no tiene nada que ver con la *imprevisión* (situación psicológica o subjetiva de los contratantes), debiendo ser evaluada *objetivamente*.⁷¹ Era justamente el elemento *subjetivo* que hacía que las teorías de la *imprevisión* o de la *presuposición* no pudiesen responder adecuadamente a los problemas prácticos que surgían en el curso del cumplimiento de los contratos de *ejecución diferida* o de *larga duración*.⁷²

Esta concepción objetivada de la perturbación al cumplimiento de los contratos de *ejecución diferida* o de *larga duración* (alteración de la base del negocio jurídico) es acorde con el reciente BGB § 313, cuya introducción se dio por medio de la Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), de 2000.⁷³

69 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Op. cit., Cap. 1.º, II, p. 20 et seq.

70 *Ibidem*, Cap. 1.º, IV, p. 37.

71 NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. Op. cit., coments. 28 CC 422, p. 540.

72 NERY JUNIOR, Nelson. «A base do negócio jurídico e a revisão do contrato». Op. cit., p. 61.

73 BGB § 313: «**Störung der Geschäftsgrundlage**. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung» («**Cambio de la base del negocio jurídico**. 1. Si las circunstancias que existían como fundamento del contrato fueran profundamente alteradas después de su estipulación, circunstancias que harían con las partes no concluir el contrato o concluir con otro contenido si hubieran previsto esa modificación, se puede exigir la modificación y adecuación del contrato si, mientras que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, y en particular los riesgos previstos por el contrato o por la ley, no puede imponerse razonablemente que una de las partes permanezca vinculada a un contrato de contenido no modificado. 2. Se asimila a la modificación sucesiva de las

De este modo, la teoría de la *base objetiva del negocio jurídico* no encierra en sí la idea de suprimir el *principio del pacta sunt servanda*, y sí *compatibiliza* ese principio con la *causa*, la *función* y la *finalidad* que el contrato inicialmente perseguía.⁷⁴

La necesidad de *modificación* o *adecuación* de los contratos de *ejecución diferida* o de *larga duración* es, pues, la consecuencia *jurídica* de la desaparición de las circunstancias (objetivas) sobre las cuales el contrato fue edificado.⁷⁵

En los contratos de *ejecución diferida* o de *larga duración* es imposible la pretensión de inmutabilidad en las circunstancias fácticas durante toda y ejecución y duración del contrato.⁷⁶

En verdad, no es la teoría de la *base objetiva del negocio jurídico* que trae en sí *inseguridad contractual*, sino, al revés, es justamente la pretensión de la inmutabilidad en las circunstancias fácticas en los contratos de *ejecución diferida* o de *larga duración* que acarrea inseguridad, haciendo de ese contrato una «*lotería*», fuente de incertidumbres para las partes contratantes, que, en última instancia, limitaría o incluso impediría que los contratos con períodos más largos pudiesen ser pactados.⁷⁷

Es evidente que la celebración de todo y cualquier contrato trae en sí la asunción de *riesgos*, de tal suerte que se puede decir que todo contrato tiene en sí una *alea*⁷⁸ (un campo de incertidumbre), de modo que las perturbaciones que se produzcan *dentro* de esa *alea* del contrato, *alea normal del contrato*, en la feliz expresión del

circunstancias las hipótesis en cuyas representaciones esenciales, que se constituyan como fundamento del contrato, resulten erróneas después de la estipulación del contrato. 3. Si la modificación y adecuación del contrato no es posible o no puede ser razonablemente impuesta a una de las partes, la parte que se encuentre en una posición desventajosa puede pleitear la cancelación (rescisión, revocación y disolución) del contrato. En las relaciones contractuales de larga duración, en lugar del derecho de cancelación (*Rücktrittsrechts*) se puede ejercer el derecho de denuncia (*Kündigung*). A este respecto, cfr. NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Op. cit.*, coments. 16 CC 422, p. 537; y MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I (Aspectos gerais), § 6.º, pp. 97-116.

74 MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, pp. 8-9.

75 Cfr. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. *Op. cit.*, Cap. 4.º, p. 171 *et seq.*

76 NERY JUNIOR, Nelson. «A base do negócio jurídico e a revisão do contrato». *Op. cit.*, p. 69.

77 Sobre los riesgos de la relación duradera, cfr. ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, § 26-C, p. 385.

78 En verdad, incluso el contrato *aleatorio*, que se caracteriza por la *incertidumbre*, se sitúa también dentro de una cierta *alea* aceptada por las partes. Así, si, por ejemplo, alguien hace una apuesta en una lotería, paga, por lo tanto, un precio, ese contrato es, a toda evidencia, un contrato *aleatorio*, caracterizado por la *incertidumbre*, pues él cumplió con su obligación (pago del valor de la deuda apuesta), sin saber si vendrá o no a ser el sorteado. Sin embargo, aunque se trata de un contrato *aleatorio*, es necesario al menos que se pueda *producir la alea* de tal suerte que si la lotería es extinguida, antes de que el juego sea realizado, aunque se trate de un contrato aleatorio, debe ser deshecho con la devolución de los valores al apostante, bajo pena de caracterizar enriquecimiento sin causa.

CC ita. 1467,⁷⁹⁻⁸⁰ no dan lugar a la revisión (*renegociación o judicial*) o la resolución del contrato (se trata de una *onerosità tollerabile*).⁸¹

Sin embargo, esta asunción de riesgos debe ser compatible con el recuerdo de que el contrato es *siempre*, en cualquier circunstancia, una operación jurídico-económica que tiene por objeto garantizar a ambas partes el éxito de sus legítimas pretensiones.⁸² Hay, por lo tanto, un *límite de sacrificio* (*Opfergrenze*) tolerado dentro de la idea de asunción de riesgos, dentro de la *alea normal del contrato* (*rapporto di tolleranza* o *zona di immunità o di tolleranza*), cuyo límite es variable y debe ser compatible según el *tipo* de contrato, su *causa* y sus *peculiaridades* (*alea contrattuale tipica*).⁸³ La *alea normal del contrato* constituye, así, un *criterio* que debe observarse cuando se analiza, *in concreto*, la necesidad de adecuación (*adeguamento*), revisión o resolución de contratos de larga duración.⁸⁴

En este contexto, la teoría de la *base objetiva del negocio jurídico* en realidad confiere *mayor seguridad a las relaciones duraderas*, pues los contratantes saben, de antemano, que quedan, sí, vinculados al contrato, pero mientras permanezca inalterada su base objetiva contractual, de tal suerte que si ésta es sensiblemente perturbada, *superando la frontera (objetiva) de los riesgos asumidos (alea normal del contrato)*, habrá *revisión* (*renegociación o judicialmente*, con el fin de restablecer el *originalmente* acordado) o la *resolución* de dicho contrato.

4. LA HERMENÉUTICA CONTRACTUAL

En ese contexto, se opera, en sede *obligacional*, en especial en los contratos, la *búsqueda del reequilibrio contractual*, combatiéndose los excesos para que una justicia contractual pueda aparecer, como afirma Renan Lotufo:

O Contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento da cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comu-

79 CC ita. 1467: «**Contratto con prestazioni corrispettive.** Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra **nell'alea normale del contratto**. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)».

80 En sentido distinto, entendiendo no ser la expresión adecuada, cfr. BOSELLI, Aldo. «Rischio, alea ed alea normale del contratto». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1948, pp. 769-795 (cfr. p. 795).

81 MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, p. 4; e MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, p. 275.

82 NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Op. cit.*, coments. 2 CC 478, p. 579. Ver también MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, p. 32.

83 NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Op. cit.*, coments. 3 CC 478, p. 580; BOSELLI, Aldo. *Op. cit.*, p. 794; e MARASCO, Gerardo. *Op. cit.*, pp. 12-17. Ver también CIAN, Giorgio e Alberto TRABUCCHI. *Op. cit.*, coment. V CC ita. 1467, p. 1552.

84 MACARIO, Francesco. *Op. cit.*, p. 240.

tatividade, há que preservar a igualdade de sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais.⁸⁵

Así, la otrora llamada exageradamente *autonomía de la voluntad*, el *poder de vincularse*, hace mucho cede espacio para un nuevo instituto que es más adecuadamente denominado de *autonomía privada*.⁸⁶

Y esa *autonomía privada* se puede autorregular, creando para sí, por medio de contratos, normas particulares, pasa a no ser ilimitada; al revés, sólo se puede ejercer, a la luz del CC 421, «em razão e nos limites da função social do contrato». Por lo tanto, si es cierto que la parte puede vincularse a un determinado contrato, tal vinculación está impregnada por la idea de función social.

Es la *socialidad permeando el derecho privado*⁸⁷, de tal suerte que toda proposición jurídica *tiene necesariamente de ser vista también en su función social*.⁸⁸

Y así también lo es con los contratos, de modo que las partes no pueden intentar hacer algo con libertad absoluta, como muy bien lo demuestra el caso *Wackenheim*.⁸⁹ No existe ya ese poder absoluto que existía en el individualismo reinante en el siglo XIX, bajo la inspiración del Código Civil francés.

De ahí que en relación con el CC brasileño, puntúa Miguel Reale que uno de sus *artículos-llave* es el 113, que establece que «os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração».⁹⁰

De este modo, se tiene que la *buena fe* y los *usos y costumbres* son *determinantes e imprescindibles* en cualquier interpretación de un negocio jurídico. Así, en la base contractual, el análisis del comportamiento de los actores del negocio jurídico gana espe-

85 LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004, 2.ª ed., vol. 2, p. 9.

86 MARTINS-COSTA, Judith. «O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil». *Op. cit.*, p. 131.

87 RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. *Op. cit.*, § 2.2, pp. 59-64.

88 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.ª ed., p. 62.

89 El tan citado y discutido caso «lanzamiento de enano», en el que la Corte francesa refrendó el acto del alcalde que interrumpió una casa comercial en razón de la «broma» de arroyo de enano (*lancer de nain*), afirmando que «O respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana». Este caso siempre es recordado para corroborar la noción de *función social del contrato*, teniendo en cuenta que, aunque todos los actores del negocio jurídico concuerdan con determinado objeto si éste hiere a la dignidad de la persona humana, dicho contrato no cumplirá su función social y deberá ser deshecho (Cfr. a ese respecto GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. «O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa». En: *Revista ADV-COAD Advocacia Dinâmica* Nº 12, dez./1996, p. 17-20).

90 REALE, Miguel. «Um artigo-chave do Código Civil». En REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 240-243.

cial relevo, de suerte a siempre indagar si determinado comportamiento o expectativa corresponde a un hombre probo (sin, evidentemente, pretender acabar con la noción de lucro o de mejor o peor negociación hecha, pero eso dentro de una *alea* normal y tolerada en la sociedad).⁹¹

Otro punto de suma importancia al intérprete es tener en cuenta, en su análisis, incluso del comportamiento y de la confianza de las partes, los usos y costumbres, los elementos usuales de determinada localidad en su tráfico de negociación.

Sin embargo, esta flexibilización⁹² proporcionada por las cláusulas generales no significa ni puede significar un abandono de la ley; al revés, *se trata de una flexibilización intra ius*, operada *a partir y dentro* del ordenamiento jurídico.

En este sentido, Karl Larenz señala que:

Ora não pode ficar à mercê de quem aplica a lei o satisfazer-se com a subsunção no conceito preceptivo que se lhe oferece com suficiente clareza, ou, ao invés, o desligar-se desse conceito e decidir ‘de acordo com os interesses’: melhor ainda, com as medidas de valor e lhe estão subjacentes. O que deve é, ao invés, esforçar-se, com o auxílio dos conceitos «correctamente» entendidos, por adoptar as valorações mais «correctas» de acordo com o ordenamento jurídico dado.⁹³

Por lo tanto, el intérprete debe actuar siempre, máxime en lo que se refiere a la interpretación contractual, con la *vacilación cautelosa* de la que bien nos habla Franz Wieacker,⁹⁴ recordando, incluso, la advertencia hecha por Larenz de que ni siquiera el § 2º del artículo 1 del Código Civil suizo otorga al juez tal libertad definitiva («A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur»), de tal suerte que el intérprete, en el llenado de las lagunas, *tiene que suponer todo el sistema existente como vinculante*.⁹⁵

91 A este respecto, cfr. RODOVALHO, Thiago y NERY JUNIOR, Nelson. «Renegociação contratual». *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 906, pp. 113-155.

92 A que Franz Wieacker se llama «o Direito Privado na crise do Positivismo» (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 591).

93 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. *Op. cit.*, p. 76.

94 WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 591. Ver también, RODOVALHO, Thiago. «Notas sobre o direito das obrigações». *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, jun/jul 2012, v. 45, n.º 3, pp. 67-70. A este respecto, cfr., ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. «A função social dos contratos no novo Código Civil». En BILAC PINTO, Regina *et alii* (dirs.). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 100, v. 371, jan./fev. de 2004, p. 68: «Mas é claro e curial que há um espaço para dúvida e de difícil solução, no qual se identificarão hipóteses em relação às quais não haja, quer uma evidência positiva, quer uma evidência negativa; ou seja, os casos que estarão situados numa zona cinzenta, em relação aos quais, então, será demandado do juiz o exercício de uma das suas mais significativas virtudes, que é a da prudência».

95 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. *Op. cit.*, pp. 82 e 83: «Quem assim concebe a disposição tem ‘idéias completamente inapropriadas’ do seu significado. A investigação do

5. CONCLUSIÓN

En el transcurso de este artículo buscamos demostrar cómo la óptica del derecho privado se alteró profundamente a lo largo del siglo XX, hasta llegar a una verdadera *función social del derecho privado*.

De una visión hermética, pasamos a un modelo jurídico impregnado de conceptos vagos y cláusulas abiertas, permitiendo al intérprete un mayor poder hermenéutico.

En la actualidad, la libertad de negociación debe ser ejercida en razón y dentro de los límites de su función social, así como las partes deben guardar un comportamiento leal, probo, sin fraude o abusar de la confianza ajena, de tal suerte que los contratos deben ser necesariamente interpretados por esa óptica de la buena fe objetiva.

En este contexto, el intérprete, con máxima cautela, puede, en situaciones excepcionales, interferir e integrar el contrato, al interpretarlo, revisándolo, cuando el caso lo requiera.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. «A boa-fé na relação de consumo». *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, n.º 14.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008, 11.ª ed.

ALPA, Guido. «Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões». En PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) - uma análise histórica e cultural*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 2000, vol. 1, 10.ª ed. (5.ª reimp.).

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

Direito por parte do juiz tem de orientar-se pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; o juiz tem, no preenchimento das lacunas, de “pressupor todo o sistema existente como vinculante”.

- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. «A função social dos contratos no novo Código Civil». En PASINI, Nelson *et al.* *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: (s/e), 2003.
- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. «A função social dos contratos no novo Código Civil». En BILAC PINTO, Regina *et alii* (dirs.). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 100, v. 371, jan./fev. de 2004.
- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. «Função social da propriedade». En GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos e REALE, Miguel. *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Trad. de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função - novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BONELL, Michael Joachim. «La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?». *Rivista del Diritto Commerciale*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, setembro/outubro 1978, anno LXXVI.
- BOSELLI, Aldo. «Rischio, alea ed alea normale del contratto». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1948.
- CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 2007, 4.^a ed.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. «A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”». En PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.^a ed.
- CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- CIAN, Giorgio e Alberto TRABUCCHI. *Commentario breve al Codice Civile*. A cura di Giorgio CIAN. Padova: Cedam, 2009, 9.^a ed.
- COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CRISCUOLO, Fabrizio. «Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità». En: *Rivista dell'Arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1999.
- DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1941.
- DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*. Paris: A. Lahure, 1880, tomo 1.^o, vol. XXIV.

- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial - introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias*. Madrid: Tecnos, 1972 (reimp.), 1.^{er} vol.
- ENNECCERUS, Ludwig; Theodor KIPP e Martin WOLFF. *Tratado de derecho civil - parte general* (revista e atualizada por Hans Carl NIPPERDEY). Barcelona: Bosch, 1953, tomo I, 2.^a ed.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2.^a tirada.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. «Adimplemento e extinção das obrigações». En REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (coord). *Biblioteca de direito civil - estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1922.
- FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. Paris: Librairie Hachete et Cie, 1885, 2.^a ed.
- GHESTIN, Jacques y Christophe JAMIN. «Le juste et l'utile dans les effets du contrat». En PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- GILMORE, Grant. *La morte del contratto*. Prefácio de Guido Alpa. Milano: Giuffrè, 1999.
- GIORGIANI, Michele. «La morte del codice ottocentesco». *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1980, I.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. «O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa». En: *Revista ADV-COAD Advocacia Dinâmica* Nº 12, dez./1996.
- GOMES, Júlio. «Cláusulas de *hardship*». En PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- GOMES, Orlando. «A caminho dos micro-sistemas». En *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português - teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009, 5.^a reimp.
- JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes - princípios metafísicos da doutrina do direito*. Lisboa: Edições 70, 2004, parte I.

- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil - parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.^a ed.
- LAURENT, François. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie, 1881, tomo II.
- LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no código de defesa do consumidor - o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 5.^a ed.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004, 2.^a ed., vols. 1 e 2.
- MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996.
- MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto - strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil - do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)*. Coord. Sálvio de Figueiredo. Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, tomo II.
- MARTINS-COSTA, Judith. «O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil». En *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, vol. 4.
- MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2000, vol. 3 (Il contratto), 2.^a ed.
- MASSIMO BIANCA, Cesare. «Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo». En CORDOBA, Marcos M. (director). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005, 1.^a reimp.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2007, 3.^a reimp.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I (Aspectos gerais).
- MORELLO, Augusto M. *Contrato y proceso-aperturas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato - novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2.^a ed.

- NERY JUNIOR, Nelson. «A base do negócio jurídico e a revisão do contrato». En NEGRÃO PEREIRA DOS REIS, Selma (coord.) *et al. Questões de direito civil e o novo código*. São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. «Contratos no Código Civil - apontamentos gerais». En FRANCIULLI NETO, Domingos *et al. O novo Código Civil - homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2007, 2.^a ed.
- NERY JUNIOR, Nelson. «Da proteção contratual». En PELLEGRINI GRINOVER, Ada *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2007, 9.^a ed.
- NERY JUNIOR, Nelson. «Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo». *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson y Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 7.^a ed.
- OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor, 1933.
- OTHON SIDOU, José Maria. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 2.^a ed.
- PINTO MONTEIRO, António. «Discurso». En PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*. Paris : LGDJ, 1923, tomo II, 9.^a ed.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*. Bordeaux: Confluences, 1999.
- POSENATO, Naiara y Paulo NALIN (orgs. do volume traduzido). *Código europeu dos contratos - projeto preliminar (Livro primeiro - Dos contratos em geral)*. Curitiba: Juruá, 2008.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contratos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciências, e do foro externo*. Trad. de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro-Paris: H. Garnier, 1906, tomo I.
- PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil)*. Lima: Palestra, 2003, tomos I y II, 2.^a ed. (reimp.).
- RAMOS, Fabiana D'Andrea. «O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos». En GRUNDMANN, Stefan y DOS SANTOS, Margarida (coords.). *Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos = Vertragsrecht Zwischen Freiheit und Schutzinteressen und andere Deutsch-Lusitanische Beiträge*. Coimbra: Almedina (Associação de Juristas Alemã-Lusitana), 2008.

- RASELLI, Alessandro. «Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze». En TRABUCCHI, Alberto (org.). *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950, vol. 2 (Diritto Processuale).
- REALE, Miguel. «Um artigo-chave do Código Civil». En REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. Bologna: Monduzzi, 2005, 5.^a ed.
- ROPPO, Vincenzo. «Rimedi - 2». En ROPPO, Vincenzo (dir.). *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006, vol. 5.
- RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RODOVALHO, Thiago. «Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações». *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009, n.º 37.
- RODOVALHO, Thiago. «Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações». *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009, n.º 37.
- RODOVALHO, Thiago. «Intervencionismo e análise econômica do Direito». *Jornal Gazeta de Limeira*, Coluna «Fatos & Direito», 1.º Caderno, p. 2, em 24/03/2013.
- RODOVALHO, Thiago. «Notas sobre o direito das obrigações». *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre: Magister, jun/jul 2012, v. 45, n.º 3.
- RODOVALHO, Thiago. «O caso da soja e a base objetiva do negócio jurídico. Vícios de origem e vícios de execução». *Revista Letrado*. São Paulo: IASP, 2012, v. 101.
- RODOVALHO, Thiago y NERY JUNIOR, Nelson. «Renegociação contratual». *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. 906.
- STAUB, Herman. *Le violazioni positive del contratto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- TARTAGLIA, Paolo. *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*. Milano: Giuffrè, 1987.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile (a cura di Giuseppe Trabucchi)*. Padova: Cedam, 2009, 44.^a ed.
- TRAISCI, Francesco Paolo. *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- VILLELA, João Baptista (editor responsável) et al. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004* (en la versión en portugués). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 3.^a ed.

WINDSCHEID, Bernhard. *Die Leher des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Basel: Buddeus, 1850.

WINDSCHEID, Bernhard. «Die Voraussetzung». En: *Archiv für die civilistische Praxis* v. 78, 1892.

LA POSESIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

*José Antonio Beraún Barrantes**

Sumario: 1. Introducción.– 2. La posesión.– 3. Clases de posesión.– 4. Defensa posesoria.– 5. Conclusiones.– 6. Referencias.

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.*

* Abogado por la Universidad de Huánuco. 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; profesor de derecho civil en la Universidad Alas Peruanas-Ayacucho y en la maestría en derecho civil de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. jberaun@pj.gob.pe.

1. 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 Savigny¹.

Al respecto, Gonzales (2009) 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. (Gonzales, 2009, p. 125).

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 usucapionem*), 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. (Gonzales, 2009, p. 125).

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, ésta 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. (Gonzales, 2009, p. 126).

1 Siguiendo a Gunther Gonzales, 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.

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, que dependía de la voluntad de la norma jurídica.

Para Ihering, la distinción entre «posesión» y «tenencia» no puede estar, obviamente, en el *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. (Gonzales, 2009, p. 127).

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)² 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 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, quien 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 domini* 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 *animus*.

Luego de introducidos al 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.

2 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».

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.

2. 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 dejadez 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 agrediendo (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. *Poseción: 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 éste 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. (Gonzales, 2009, p. 135). El resaltado es nuestro.

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 inconsecuencia lógica de afirmar que el poseedor legítimo 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 Messineo, 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 pose-

sión 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 éste sea arrendatario, lo cual puede suceder antes de que empiece la posesión. El debate sobre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, aún subsiste; [...].(Lama, 2013, p. 31). (El resaltado es nuestro).

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 (p. 37).

El suscrito 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 ejercitarla.

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

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) (p. 126).

Refiriéndose específicamente a la teoría de Ihering, como aquella que acoge 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 sólo 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 (art. 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. (Lama, 2013, p. 31).

Finalmente, dentro de los juristas nacionales, Gonzales Barrón ha formulado 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 (autónomo), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento*. (Gonzales, 2014, pp. 45-46). (El resaltado es nuestro).

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 de los quince días de haber tomado conocimiento de su desposesión, de conformidad a 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 observados durante la vigencia del contrato, pero careciendo de título jurídico que valide su posesión, pese a lo cual sigue estando protegido por el derecho.

3. 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. *Posección 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. (El resaltado es nuestro).

Es necesario precisar que el mismo sujeto puede reunir, en sí mismo, las condiciones de poseedor mediato y poseedor inmediato; éste 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. *Posección legítima y posesión ilegítima*

La posesión legítima viene a ser aquélla 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. *Posección 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 en 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 adquirente 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 arrebató 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 Gonzales, 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. (Gonzales, 2013, p. 524).

Lama ha criticado esta posición, considerándola alejada de nuestro desarrollo normativo y jurisprudencial, además porque la existencia de título del precario, así sea éste «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 aquél que posee sin título alguno. (Lama, 2012, pp. 125-126).

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 aquélla 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 falta de título o, en todo caso, a su extinción. (Avendaño y Avendaño, 2017, p. 38).

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 el 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.

4. DEFENSA POSESORIA

La posesión como posición jurídica protegida por el derecho, recibe de éste, valga la redundancia, protección o defensa.

Al respecto, Varsi (2018) 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, 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 ésta 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 aquél, 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 adquirente?

Finalmente, cuando el poseedor es despojado del bien, a través de la fuerza, y han transcurrido más de quince 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.

• *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 siendo 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 procedimental 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 procedimental 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 antedicho 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. [...] (El resaltado es nuestro).

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 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 del 2007, se ha establecido como conclusión plenaria por mayoría:

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 este 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 adquirente de un bien ocupado por un poseedor, a quien, ni aquél 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:

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. (El resaltado es nuestro).

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 a 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:

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.

- ***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 de 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 a 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 si se ha señalado:

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 inter-

dictal, 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, debiera ser que, en caso de despojo, el accionante debe acudir exclusivamente al interdicto de recobrar.

5. CONCLUSIONES

El Código Civil peruano acoge la teoría de la posesión formulada por Savigny, 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; 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.

6. REFERENCIAS

- AVENDAÑO, J. y F. AVENDAÑO. *Derechos reales* (1.º ed.). Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- GONZALES, G. *Derechos reales*. Lima. Ediciones Legales, 2009, 2.ª edición.
- GONZALES, G. *Tratado de derechos reales*. Lima: Jurista Editores, 2013, 3.ª edición, tomo 1.
- GONZALES, G. *La posesión precaria*. Lima: Jurista Editores, 2014, 2.ª edición.
- LAMA, H. *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, H. Cuarto Pleno Casatorio Civil: «La redefinición del desalojo por precario». En *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Lima: 2013, n.º 3, p. 31.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD y J. MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960, 2.ª parte, vol. IV.
- VARSÍ, E. *Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2018, 1.ª ed., tomo 2.

EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

*Henry Huanco Piscoche**

Sumario: 1. Introducción.— 2. El caso *CMS vs. Argentina*.— 3. El caso *LG&E vs. Argentina*.— 4. Análisis comparativo de los laudos.— 5. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones es una rama del derecho que se encuentra en constante formación. Las fuentes de las que se nutre son básicamente los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos por sus siglas en inglés como «BITs») y los laudos arbitrales. Estos últimos, a pesar de no constituir precedentes de observancia obligatoria, constituyen su fuente principal, pues analizan y resuelven los fundamentos expuestos tanto por el inversionista extranjero como por el Estado receptor de la inversión. De hecho, en todos los laudos arbitrales siempre se hace referencia a otros casos resueltos anteriormente, ya sea para seguir la línea trazada o para apartarse de ella.

Sin embargo, quienes proveen los insumos para ser analizados y desarrollados por los tribunales arbitrales son las partes del proceso. Son éstas quienes sustentan sus posiciones alegando los derechos reconocidos en un BIT o, cuando el supuesto alegado

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Master en Asesoría y Consultoría Inmobiliaria por la Universidad de Barcelona. 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. Fundador de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario (APDI). Árbitro ad hoc e inscrito en el Registro de Árbitros de la CCL, OSCE, PUCP, CIP e INDECOPI. Ha sido Secretario Técnico y Asesor del Grupo de Trabajo que se encargó de proponer mejoras al Código Civil. Miembro del Grupo de Trabajo que se encarga de revisar la Ley N° 27157 y su Reglamento. Profesor de Contratos, Obligaciones, Derechos Reales y Arbitraje en la UNMSM (pre y postgrado), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Univesidad de Lima y en la Universidad de Piura. Correo electrónico: henry@huancoabogados.com

no se subsume en ninguna de las instituciones previstas en un BIT, «creando nuevos conceptos».

Estos «nuevos conceptos» propuestos por las partes, a pesar de no tener reconocimiento previo, son analizados y desarrollados por los tribunales arbitrales, otorgándoles un estándar internacional. Es así como se han ido formando paulatinamente las instituciones que ahora ya tienen reconocimiento expreso en el arbitraje de inversiones, tales como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta, el Principio de no discriminación en sus dos manifestaciones: el trato nacional (en relación a un nacional) y el trato de la nación más favorecida (en relación a un extranjero), entre otros.

Es por esta naturaleza aún formativa del derecho de inversiones que Fernando de Trazegnies afirma que esta rama del derecho «no es una criatura que pudiéramos considerar como recién nacida [...] ya es una categoría arbitral adolescente. Sin embargo, todavía es poco conocida y, como tiene una edad relativamente joven, queda mucho por hacer respecto de ella a fin de asegurarle un crecimiento adecuado».¹

Para contribuir a su adecuado crecimiento, en el presente artículo vamos a ocuparnos de un nuevo concepto que ha surgido en el arbitraje de inversiones en los últimos años: el estado de necesidad. En efecto, a raíz de la crisis que sufrió la República de Argentina a fines de la década del 90, muchos inversionistas han presentado demandas arbitrales contra dicho Estado ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, «Ciadi»), señalando que las medidas adoptadas por Argentina durante dicho período afectaron seriamente sus inversiones. Argentina, por su parte, ha sostenido como argumento de defensa que se encontraba en un estado de necesidad, por lo que se le debería eximir de la obligación de indemnizar. Por ello, vamos a contrastar los fundamentos de los dos primeros laudos expedidos por tribunales Ciadi en los que se desarrollaron los alcances del estado de necesidad que, sorprendentemente, arriban a conclusiones contradictorias.

2. EL CASO *CMS VS. ARGENTINA*

El primer caso arbitral presentado ante el Ciadi en el que se alegó, como fundamento de defensa, el estado de necesidad, ha sido el caso seguido por CMS Gas Transmission Company (en adelante, «CMS»), sociedad constituida en los Estados Unidos de América, contra la República Argentina (en adelante, «Argentina»). A continuación, vamos a reseñar los antecedentes del caso, las posiciones de las partes y los fundamentos y decisión del tribunal arbitral.

2.1. *Antecedentes*

En 1989, Argentina emprendió un vasto programa de privatizaciones de las empresas de propiedad estatal y otras actividades económicas, a la vez que procedió a fijar la paridad del peso con el dólar de los Estados Unidos y adoptó otras medidas de

1 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitrando la Inversión». En *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje-Magna, 2008, p. 783.

estabilización. Alcanzar la estabilidad de la moneda, eliminar la inflación y atraer las inversiones extranjeras eran algunos de los objetivos de este programa. El transporte de gas constituyó uno de los sectores importantes que fue objeto de este programa de reforma. El marco legal que rigió esas reformas económicas estuvo compuesto por la Ley n.º 23.696 sobre Reforma del Estado de 1989, la Ley n.º 23.928 sobre Convertibilidad Monetaria de 1991 y el Decreto No. 2128/91 que establecía la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos.

Asimismo, se aprobaron instrumentos específicos que regularon la privatización de los principales sectores. En lo referente al sector del gas, la Ley n.º 24.076, Ley sobre Privatización del Sector del Gas de 1992 estableció las reglas básicas para el transporte y la distribución de gas natural. Esta ley fue llevada a la práctica el mismo año a través del Decreto n.º 1738/92 sobre la Aplicación de la Ley del Gas.

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado, una entidad de propiedad estatal, fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución. Transportadora de Gas del Norte (en adelante, «TGN») fue una de las compañías creadas para el transporte de gas. Asimismo, para la privatización de la nueva compañía se dio acceso a inversionistas a través de un llamado público de ofertas mediante Licitación Pública Internacional para la Privatización de Gas del Estado el 17 de julio de 1992.

Un Modelo de Licencia aprobado por el Decreto n.º 2255/92 del 2 de diciembre de 1992 estableció las condiciones básicas de las licencias que el Gobierno argentino otorgaría a cada nueva compañía. La licencia de TGN se otorgó por Decreto n.º 2457/92 de 18 de diciembre de 1992 por un período de treinta y cinco años, prorrogable por otros diez años previo cumplimiento de determinadas condiciones.

Las normas legales y reglamentarias aprobadas, así como la licencia, determinaron un régimen jurídico en virtud del cual las tarifas debían calcularse en dólares, realizándose la conversión a pesos a la fecha de facturación y debiendo reajustarse las tarifas cada seis meses en función del Índice de Precios al Productor (en adelante, «IPP») de los Estados Unidos. Este derecho concedido al inversionista es muy importante, pues, como veremos más adelante, su vulneración fue el principal reclamo demandado por CMS.

La participación de CMS en TGN comenzó en el marco de un Memorando de Oferta del 7 de julio de 1995, que dio lugar a la adquisición de las acciones de propiedad estatal. Las acciones adquiridas por CMS representaban el 25% del capital accionario de la compañía, a lo que se agregó más tarde la adquisición de un 4,42% adicional, totalizándose así la compra del 29,42% de las acciones de TGN.

2.2. La crisis argentina

En 1998, comenzó a desarrollarse en Argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales, conforme detallaremos más adelante. Ante tal situación, el gobierno argentino convocó a una reunión con representantes de las compañías de gas para analizar una suspensión temporal del ajuste de

las tarifas de gas basado en el IPP de los Estados Unidos, que había sido pactado. Las compañías convinieron en una suspensión temporal que difirió el ajuste por un período de seis meses (desde el 01 de enero hasta el 30 de junio de 2000). El acuerdo preveía principalmente: (i) que los costos de la prórroga se recuperarían en el período comprendido entre el 01 de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001, (ii) que se indemnizarían las pérdidas de ingresos resultantes y (iii) que debía entenderse que ese sistema no sentaría un precedente ni implicaría la enmienda del marco jurídico que regía las licencias. ENARGAS, el ente público regulador del sector del gas, aprobó ese acuerdo por Resolución n.º 1471 del 10 de enero de 2000.

Poco tiempo después se hizo evidente que el acuerdo no se aplicaría y las solicitudes de ajuste de tarifas formuladas por TGN, según lo previsto en la Licencia, no obtuvieron un pronunciamiento por parte del Estado; específicamente, Enargas instruyó a la compañía que debía abstenerse de realizar tales ajustes. El 17 de julio de 2000 se realizó una reunión adicional con los representantes de las compañías de gas, a las que se les pidió que accedieran a una postergación adicional del reajuste de tarifas.

En esa fecha se celebró otro acuerdo, por el que se congelaron por dos años más los ajustes de tarifas basados en el IPP de los Estados Unidos y se autorizaron incrementos relacionados con la postergación y la pérdida de ingresos anteriores. Los ingresos no obtenidos en virtud de la nueva postergación se recuperarían paulatinamente, debiendo a partir del 30 de junio de 2002 realizarse nuevamente ajustes basados en el IPP de los Estados Unidos. Lo acordado se formalizó en el Decreto n.º 669/2000, a la vez que se reconocía que el ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos constituía «un derecho legítimamente adquirido» y era una premisa y condición básica de la licitación y de las ofertas.

En virtud de un procedimiento promovido por el Defensor del Pueblo de Argentina, el 18 de agosto de 2000 una jueza ordenó la suspensión de la aplicación del acuerdo y del Decreto n.º 669/2000 hasta que se adoptara una decisión sobre la impugnación de la legalidad del ajuste basado en el IPP de los Estados Unidos. Entre tanto, los recursos administrativos interpuestos por TGN no revirtieron la situación y sus solicitudes de ajuste de tarifas continuaron siendo rechazadas. En su momento, las compañías, el gobierno y Enargas apelaron la mencionada decisión de la jueza federal; sin embargo, este recurso no fue acogido.

2.3. La Ley de Emergencia

A fines de 2001 la crisis se profundizó ya que las sucesivas medidas correctivas dispuestas por el ministro Domingo Carvallo, resultaron infructuosas. Ello fue seguido por una considerable fuga de capitales de Argentina. Como secuela de esos eventos, mediante Decreto n.º 1570/2001 el gobierno introdujo el «corralito», que limitó drásticamente el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias. El país se declaró en situación de incumplimiento de pagos y en pocos días varios presidentes se sucedieron en el cargo. El 6 de enero de 2002 se aprobó la Ley de Emergencia n.º 25.561 que declaró una situación de emergencia pública hasta el 10 de diciembre de 2003 e

introdujo una reforma del sistema cambiario. Sin embargo, este plazo fue objeto de varias prórrogas.

Los principales efectos de esta nueva legislación, fueron las siguientes: (i) se puso término al régimen de convertibilidad y paridad del peso argentino con el dólar de los Estados Unidos que había sido aplicada desde comienzos de 1991, (ii) se dispuso la reestructuración y la renegociación de los contratos públicos y privados suscritos en moneda extranjera, (iii) se abolió el derecho de los titulares de las licencias de servicios públicos a reajustar las tarifas de acuerdo al IPP de los Estados Unidos, así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares, y (iv) las tarifas respectivas se redenomina-ron en pesos al tipo de cambio de un peso por dólar, que también se aplicó a todos los contratos privados denominados en dólares u otra moneda extranjera.

2.4. Petición de arbitraje ante el Ciadi

Ante tal preocupante situación, el 26 de julio de 2001 el Ciadi recibió de CMS, una solicitud de arbitraje contra Argentina. La solicitud estaba referida a la suspensión por parte de Argentina del procedimiento para reajustar las tarifas del transporte de gas con que operaba una empresa (TGN) en la que CMS había realizado una inversión. En su solicitud, CMS invocó las disposiciones del «Tratado entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones» del 14 de noviembre de 1991, vigente desde el 20 de octubre de 1994 (en adelante, «el Tratado»).

El 11 de enero de 2002 se constituyó el Tribunal Arbitral compuesto por el canadiense Marc Lalonde (designado por CMS), el brasileño Francisco Rezek (designado por Argentina) y el chileno Francisco Orrego Vicuña (designado por el Ciadi como presidente del tribunal).

2.5. La posición de CMS

En su memorial, CMS alegó haber visto seriamente perjudicada su inversión que ascendía aproximadamente a US\$175 millones en la adquisición de acciones de TGN y a US\$1.000 millones que TGN invirtió en la renovación y expansión de la red de gasoductos. Según expuso CMS en su demanda, dicha empresa estadounidense decidió llevar a cabo importantes inversiones en el sector del transporte de gas confiando en las promesas y garantías propuestas por el Gobierno argentino, especialmente las que ofrecían calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos, efectuar los reajustes semestrales basados en el IPP de los Estados Unidos y realizar un reajuste general de tarifas cada cinco años.

CMS sostuvo, además, que las medidas adoptadas por Argentina en el período 1999-2002 le provocaron consecuencias devastadoras, ya que sus efectos se relacionan en parte con la pérdida de ingresos, y en parte con el hecho de que su capacidad de pago de la deuda se redujo en más de un tercio, debido a que ésta se encontraba denominada en dólares estadounidenses y entretanto se produjo una devaluación del peso argentino. Asimismo, CMS señaló que el valor de sus acciones de TGN se redujo en 92% pasando de US\$261,1 millones a US\$21,2 millones, cifra esta última que

posteriormente fue corregida para llegar a US\$23,7 millones y más tarde a US\$17,5 millones.

CMS alegó también que al no haberse realizado ningún ajuste de tarifas desde el 01 de enero de 2000 y al no poder calcularse las tarifas en dólares de los Estados Unidos, los ingresos de TGN por concepto de cobro de tarifas internas se redujeron casi un 75%.

En cuanto al fundamento jurídico, CMS sostuvo que las medidas adoptadas por Argentina conllevaron a la violación de todos los principales mecanismos de protección de inversiones a los que tenía derecho en virtud del Tratado. Afirmó, especialmente, que la República Argentina: (i) le expropió sin indemnización su inversión, violando así el artículo IV del Tratado; (ii) faltó a su obligación de otorgarle un trato justo y equitativo, conforme al artículo II (2) (a) del Tratado; (iii) infringió el artículo II (2) (b) del Tratado por aprobar medidas arbitrarias y discriminatorias; (iv) faltó también a su obligación de cumplir las numerosas obligaciones que había asumido en relación con la inversión, violando así la norma prevista en el artículo II (2) (c) del Tratado; y (v) restringió la libre transferencia de fondos en violación del Artículo V del Tratado.

En conclusión, CMS basándose en su interpretación de las medidas tomadas por Argentina, en su efecto sobre la compañía y en las violaciones jurídicas invocadas, solicitó ser indemnizado con la suma de US\$261,1 millones por incumplimiento del Tratado, más intereses y costos.

2.6. La posición de Argentina

Por su parte, Argentina sustentó su memorial de contestación en varios fundamentos; sin embargo, para los fines del presente artículo, sólo nos avocaremos al fundamento referido al estado de necesidad.

Argentina señaló que en caso que el tribunal arbitral considere que hubo una violación del Tratado, el gobierno argentino estaría exento de responsabilidad por la existencia de un estado de necesidad, *force majeure* o un estado de emergencia.

Según Argentina, el estado de necesidad se funda en la grave crisis económica, social y política que comenzó a desarrollarse en el año 2000 y que puso en peligro la existencia misma del Estado argentino. Debido a esta crisis fue aprobada la Ley de Emergencia con el único propósito de contener dicha situación caótica.

El fundamento jurídico en que se respalda el estado de necesidad –según Argentina– se encuentra: (i) en el derecho interno argentino, específicamente en el marco de su Constitución y en las decisiones judiciales, y (ii) en el derecho internacional consuetudinario y en las disposiciones del Tratado.

En cuanto al derecho internacional consuetudinario, Argentina fundamentó su defensa en la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, que determinó que el derecho internacional consuetudinario reconoce el estado de necesidad para «excluir la ilicitud de un acto que no está en conformidad con una obligación internacional».

Argentina invocó también el caso *French Company of Venezuelan Railroads*, para justificar que el gobierno tiene una obligación respecto de sí mismo cuando su «propia preservación es primordial». Igualmente apoya su argumento en el caso *Dickson Car Wheel Co.*, en el que se decidió que «el extranjero que reside en un país que en razón de un desastre natural, social o internacional se ve obligado a adoptar estas medidas, debe soportar el deterioro natural de sus negocios sin reparación alguna, pues los gobiernos [...] no son aseguradores contra todo riesgo».

Finalmente, hizo referencia al artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 56/83 del 12 de diciembre de 2001 (en adelante, «el Proyecto»), en base a la propuesta hecha por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, «la Comisión»). Los requisitos que dispone esta norma para eximir de responsabilidad a un Estado, serán analizados detalladamente en el laudo arbitral (*infra* 2.8.2).

Por tales consideraciones, Argentina solicitó al tribunal arbitral que, en aplicación del Estado de Necesidad, se excluya de cualquier ilicitud las medidas que adoptó y, en consecuencia, la exima de indemnizar.

2.7. Decisión de jurisdicción

Mediante Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 17 de julio de 2003 (Caso n.º ARB/01/8) el Tribunal Arbitral decidió que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal.

Para efectos del presente artículo, sólo es importante señalar que, en esta Decisión de Jurisdicción, el tribunal dispuso que no tenía jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por Argentina y que no podría emitir juicio sobre si acaso ellas han sido acertadas o equivocadas. Sin embargo, el tribunal señaló que sí tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectaron la inversión de CMS, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista, mediante los tratados, a la legislación o los contratos.

2.8. Laudo

Mediante laudo arbitral notificado a las partes el 12 de mayo de 2005 (Caso n.º ARB/01/8) el tribunal arbitral resolvió, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que Argentina incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista un trato justo y equitativo garantizado por el artículo II (2) (a) del Tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el Artículo II (2) (c) del Tratado; (ii) que Argentina pague a CMS una indemnización por el monto de US\$133,2 millones, más intereses; y (iii) luego del pago de la indemnización, CMS debería transferir a Argentina la propiedad de sus acciones en TGN una vez que Argentina haya pagado el monto adicional de US\$2,148,100.

En relación al estado de necesidad, el tribunal arbitral consideró que no se cumplieron todos los requisitos que la configuran, por lo que rechazó tal fundamento. A continuación, vamos a conocer cuáles fueron las razones por las que el Tribunal arribó a tal decisión.

2.8.1. El estado de necesidad en el derecho interno

En relación al fundamento jurídico del estado de necesidad basado en el derecho interno, el tribunal señaló que el principio del estado de necesidad no ha sido reconocido por el Código Civil ni por la legislación general de la República Argentina; sin embargo, sí ha sido invocado en algunas sentencias judiciales de la Corte Suprema. En atención a ello, el tribunal señaló que «[...] el estado de necesidad previsto en el derecho interno no ofrece una excusa cuando las medidas tomadas dan lugar a una modificación sustancial o esencial de los derechos contractualmente adquiridos, en especial, si la aplicación de esas medidas supera un plazo estrictamente definido».

Como se aprecia «según el tribunal, para que el estado de necesidad excluya la responsabilidad del Estado: (i) la situación de emergencia debe ser transitoria y (ii) no debe atentar contra los derechos adquiridos mediante un contrato o una decisión judicial.

Sin embargo, el tribunal al momento de determinar si en el caso bajo análisis se presentaron tales supuestos, no expuso una conclusión directa, sino simplemente señaló que «han transcurrido más de cinco años desde la adopción de las primeras medidas en el 2000, y las demoras pueden atribuirse a la crisis, pero si superan cierto período razonable de tiempo, adquiere mayor probabilidad la suposición de que puedan convertirse en características permanentes del régimen regulatorio». (El subrayado es nuestro).

2.8.2. El estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario

En relación al estado de necesidad basado en el derecho internacional consuetudinario, el tribunal señaló que el artículo 25 del Proyecto reflejaba adecuadamente el concepto de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario. El referido artículo señala lo siguiente:

Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad. (El subrayado es nuestro).

Previo al análisis de cada uno de los requisitos subrayados en el artículo transcrito, el Tribunal dejó claramente establecido que el fundamento del estado de necesidad tiene un carácter excepcional y restrictivo, pues «si no se exigen condiciones estrictas y rigurosas o si las mismas son aplicadas en un sentido amplio, cualquier Estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho».

Seguidamente, el tribunal analizó cada uno de los requisitos que se encuentran regulados en el citado art. 25.

En primer lugar, se refirió al *interés esencial* del Estado, indicando que la necesidad de evitar un colapso mayor, con todas sus consecuencias sociales y políticas, podría comprometer un interés esencial del Estado, en cuyo caso cabría el estado de necesidad.

Sin embargo –añadió– tampoco se puede concluir que la ilicitud de las medidas debiera ser excluida en forma automática en las circunstancias del caso, concluyendo en que el efecto relativo que puede razonablemente atribuirse a la crisis no permite llegar a la conclusión de excluir la ilicitud de tales medidas.

En segundo lugar, analizó la existencia de un *peligro grave e inminente*. También en este aspecto el tribunal estuvo convencido de que la crisis argentina era lo suficientemente difícil como para justificar que el gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía, pero señaló que tampoco aquí el efecto relativo de la crisis permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud.

Como tercer aspecto, se dispuso determinar si las medidas adoptadas por Argentina eran el *único modo* que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial. Según el tribunal, este aspecto era discutible, pues algunas opiniones de destacados economistas apoyaban esas medidas; sin embargo, otros citaron una amplia gama de alternativas, como la de dolarizar la economía, otorgar subsidios directos a la población o las industrias afectadas, entre otras. Sin embargo, el tribunal concluyó que el comentario de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que la invocación de necesidad queda «excluida si existen otros medios (de otro modo lícitos) disponibles, aunque pudiesen ser más onerosos o menos convenientes», es convincente, lo que le permite concluir que las medidas adoptadas no eran las únicas disponibles.

El cuarto requisito estuvo referido a que las medidas adoptadas «no deben afectar gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto». El tribunal señaló que este aspecto lo analizaría en la parte correspondiente al tratado, debido a que en éste se encuentran reguladas las obligaciones específicas respecto de otro Estado; sin embargo, señaló que no pareciera que el interés esencial de la comunidad internacional

en su conjunto haya sido afectado de alguna manera relevante, como tampoco que se haya infringido una norma imperativa de derecho internacional, situación que se rige por el artículo 26 del Proyecto.

De otro lado, el tribunal sostuvo que además de las condiciones básicas estipuladas en el primer párrafo del artículo 25, en el segundo párrafo se establecen otros dos límites a la aplicación del estado de necesidad, pues el uso de la expresión «en todo caso» al comienzo del párrafo transcrito significa que cada uno de esos límites tiene procedencia sobre las condiciones estipuladas en el primer párrafo.

El primero de esos límites surge cuando «la obligación internacional excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad». Sin embargo, este aspecto también será desarrollado en el numeral siguiente referido al análisis del Tratado.

El segundo límite es que «el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad». Según el tribunal, la Comisión de Derecho Internacional resalta que esta contribución debe ser lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria.

En consecuencia, el tribunal estuvo convencido que la crisis tuvo sus orígenes en factores endógenos y exógenos, e incluye variadas dimensiones nacionales e internacionales, siendo una consecuencia inevitable del funcionamiento de una economía global donde interactúan factores internos e internacionales. Por ello, el tribunal consideró que era necesario determinar si la contribución de Argentina a la crisis fue lo suficientemente importante. Luego de examinar las circunstancias de la controversia, la respuesta del tribunal fue afirmativa, señalando que la crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoció sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, que fue agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en el 2002 y los años subsiguientes.

De ahí el tribunal tuvo en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales —el tribunal señaló— que ellas no eximen de responsabilidad a Argentina en esta materia.

Luego de haber analizado cada uno de los requisitos previstos en el art. 25 para que se constituya el estado de emergencia como causal eximente de ilicitud, el Tribunal hizo referencia al caso *Gabcikovo-Nagymaros*, donde la Corte Internacional de Justicia citó la opinión de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que todas las condiciones que rigen el estado de necesidad deben cumplirse de una manera «acumulativa». Es decir, bastaría que uno de los requisitos no se presente para que no se configure el estado de necesidad.

En atención a ello —según el tribunal— existen elementos parcialmente presentes en algunos aspectos, pero cuando se analizan los distintos elementos, condiciones y límites en su conjunto no se aprecia que se cumplen con la exigencia del carácter acumulativo; en consecuencia, el Tribunal concluyó en que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional que permitan eximir de ilicitud las medidas tomadas por Argentina durante el período de crisis.

2.8.3. *El estado de necesidad en el Tratado entre EE. UU. y Argentina*

Como hemos señalado anteriormente, Argentina alegó como fundamento jurídico no sólo el derecho interno y el derecho internacional consuetudinario, sino también las disposiciones del Tratado. Es por ello, que el tribunal analizó dos artículos relacionados al estado de necesidad. El primero de ellos fue el artículo XI, que señala lo siguiente:

El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. El subrayado es nuestro.

Por su parte, el artículo IV (3) del Tratado dispone lo siguiente:

A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas. (El subrayado es nuestro).

Como se señaló anteriormente, el art. 25 del Proyecto dispuso que ningún Estado pueda invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud «si la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad». Por ello, lo que el tribunal analizó es si el objeto y fin del Tratado excluyen el estado de necesidad.

Según el tribunal, el Tratado está diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas. El problema es por consiguiente establecer cuán graves deben ser esas dificultades económicas. Una crisis aguda —señala el Tribunal— no puede necesariamente considerarse equivalente a una situación de colapso total, pues en ausencia de esas condiciones de profunda gravedad, es evidente que el Tratado prevalecerá sobre la invocación del estado de necesidad. Sin embargo —añade el Tribunal— la emergencia y la necesidad podrían adquirir una dimensión diferente si esas dificultades, sin ser en sí mismas catastróficas, llevan a una situación catastrófica que altera y desintegra la sociedad o puede desembocar en el colapso total de la economía.

Como señalamos anteriormente, el Tribunal estaba convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social, pues —como se establece en el laudo— cuando se compara la crisis argentina con otras crisis contemporáneas que afectan a países en diversas regiones del mundo, se observa que esas otras crisis no han dado lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales contractuales o convencionales. Asimismo —se añade en el laudo— si bien la crisis en sí misma no puede ser calificada de catastrófica y no se daba, por consiguiente, una situación de

force majeure que no dejaba otra opción disponible, tampoco puede sostenerse que la crisis no tuvo consecuencias y que las actividades comerciales podrían haber seguido su curso habitual.

El segundo aspecto analizado por el tribunal es si, como se analizó en el contexto del artículo 25 del Proyecto, «el acto en cuestión no afecta gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación».

Ante ello, el Tribunal señaló que, si el Tratado fue convenido para proteger a los inversionistas, debe asumirse que éste es un interés importante de los Estados partes. Teniendo en cuenta el Tratado exclusivamente en el contexto de los Estados partes, el Tribunal concluyó en que no se ha afectado gravemente un interés esencial del Estado con relación al cual existe la obligación, como tampoco de la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, la invocación de necesidad no quedaría excluida en este extremo.

El tercer aspecto que el Tribunal analizó es si el artículo XI del Tratado puede ser interpretado de manera tal que incluya la emergencia económica como «un interés esencial de seguridad». Si bien el texto de dicho artículo no se refiere a crisis o dificultades económicas de esa clase en particular –como se establece en el laudo– ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y el fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del artículo XI.

Asimismo, el Tribunal precisa que el alcance de un tratado bilateral normalmente deberá ser entendido e interpretado como atendiendo a los intereses de ambas partes, pues si el concepto de intereses esenciales de seguridad se limitara a los problemas inmediatos en materia de política y seguridad nacional, en particular de naturaleza internacional, y excluyera otros intereses, por ejemplo las emergencias económicas graves, ello podría dar lugar a una interpretación desequilibrada del artículo XI. Por ello el Tribunal señaló que la cuestión era la de establecer qué grado de gravedad debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad; sin embargo, el Tribunal anteriormente había señalado que la gravedad de la crisis argentina no fue de la magnitud suficiente como para eximir de ilicitud las medidas adoptadas.

El cuarto aspecto que el Tribunal determinó es si la norma del artículo XI del Tratado tiene *carácter discrecional*, es decir, si el alcance y la aplicación de esa norma queda entregada al sólo juicio del Estado que adopta las medidas en cuestión, o bien si la invocación del estado de necesidad o de emergencia u otros intereses esenciales de seguridad está sujeta a alguna forma de revisión judicial.

En este aspecto, el tribunal concluyó, en primer lugar, que la cláusula del Artículo XI del Tratado no tiene carácter discrecional, pues si un Estado considera que existe una emergencia, ciertamente adoptará las medidas que estime convenientes sin solicitar la opinión de tribunal alguno. Sin embargo –como señala el tribunal arbitral– si la legitimidad de esas medidas es objetada ante un tribunal internacional, no es competencia del Estado en cuestión la de determinar si la invocación de necesidad puede excluir la ilicitud, sino que es competencia de la jurisdicción internacional.

Por ello, el tribunal concluye que esa revisión judicial no se limita únicamente a examinar si la invocación o las medidas han sido adoptadas de buena fe, sino que es ésta una revisión sustantiva que debe determinar si el estado de necesidad o de emergencia cumple con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud.

De otro lado, el tribunal luego de analizar el significado y alcance del artículo IV (3) del Tratado, concluyó en que el significado claro de dicho artículo es establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros; es decir, este artículo reconoce lo que en el arbitraje de inversiones se denomina el Principio de no discriminación en sus dos manifestaciones: (i) Trato Nacional (en relación a un nacional) y (ii) Trato de la Nación más favorecida (en relación a un extranjero). Según el tribunal, este artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado; por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.

2.8.4. Naturaleza transitoria de la necesidad y compensación

Asimismo, el tribunal refirió que, aunque se aceptara la invocación de necesidad, el deber de cumplir la obligación se reanudaría tan pronto como la circunstancia que excluye la ilicitud hubiese dejado de existir, lo cual ya ha sucedido en el presente caso.

En relación a la compensación, el tribunal consideró lo dispuesto en el artículo 27 del Proyecto, que señala lo siguiente:

Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud:

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a. El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b. La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión. (El subrayado es nuestro).

Asimismo, el tribunal añadió que esta conclusión también se sustenta en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, en que la Corte señaló que «Hungría reconoció expresamente que, de todos modos, el mencionado estado de necesidad no la eximía de su deber de indemnizar a su asociado».

Finalmente –según el tribunal– la invocación del estado de necesidad puede excluir la ilicitud de un acto, pero no excluye el deber de indemnizar por los daños causados al titular del derecho que debió sacrificarse.

2.9. Solicitud de anulación y suspensión de los efectos del laudo

Finalmente, el 8 de septiembre de 2005 Argentina, solicitó la anulación del Laudo arbitral, invocando dos de las cinco causales previstas en el Artículo 52 (1) del

Convenio del Ciadi: (i) que el tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades y (ii) que no se habían expresado en el Laudo los motivos en que ella se funda. La solicitud de anulación también contenía una petición, al amparo del Artículo 52 (5) del Convenio del Ciadi y de la Regla 54 (1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Ciadi, de mantener la suspensión de la ejecución del Laudo hasta que se decida sobre la Solicitud de Anulación.

Mediante Decisión sobre la Solicitud de la República de Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo (Caso Ciadi n.º ARB/01/8) del 1 de setiembre de 2006, el tribunal arbitral decidió mantener la suspensión de la ejecución del laudo hasta que se decida sobre la Solicitud de Anulación.

Finalmente, por Decisión del Comité *Ad-Hoc* sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (Caso Ciadi n.º ARB/01/8) enviada a las partes el 25 de setiembre de 2007, el Comité resolvió, entre otros asuntos, rechazar los reclamos planteados por Argentina en su solicitud de anulación del laudo arbitral.

3. EL CASO LG&E VS. ARGENTINA

3.1. *Antecedentes*

Este caso también tiene como antecedente la crisis argentina padecida a fines de 1999, sobre la que ya nos hemos referido *in extenso* (*supra* 2.2). Sólo es importante añadir a lo expuesto que, a partir del 25 de mayo de 2003, un nuevo presidente, el doctor Néstor Kirchner asumió la presidencia de Argentina, luego de una elección popular realizada el 26 de abril de 2003, y reemplazó a las autoridades de transición que habían sido designadas por el Congreso argentino. Según la demandante, con esta nueva administración comienza un período de estabilización a nivel federal. Como veremos más adelante, este dato fue importante pues –para el tribunal– la elección de Kirchner puso punto final a la crisis argentina.

3.2. *Petición de arbitraje ante el Ciadi*

El 28 de diciembre de 2001 el Ciadi recibió de LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc., sociedades constituidas de conformidad con las leyes del *Commonwealth* del Estado de Kentucky, Estados Unidos de América (en adelante, «LG&E»), una solicitud de arbitraje en contra de Argentina. Es importante advertir que esta petición fue presentada sólo cinco meses después de la petición formulada por CMS.

Asimismo, el 24 de enero de 2002 LG&E presentó una comunicación en la cual informaba la ampliación de su solicitud de arbitraje, pues afirmaba que Argentina había cometido nuevas violaciones del Tratado al sancionar la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, que afectaba negativamente sus inversiones en Argentina.

El 13 de noviembre de 2002 se constituyó el Tribunal Arbitral compuesto por Albert Jan van den Berg (designado por LG&E), Francisco Rezek (designado por Ar-

gentina) y Tatiana B. de Maekelt (designada por el CIADI como presidente del tribunal). Es importante resaltar que al árbitro designado por Argentina fue el mismo que propuso para el caso con CMS.

3.3. *La posición de LG&E*

LG&E posee participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas, constituidas en Argentina: Distribuidora de Gas del Centro, Distribuidora de Gas Cuyana S.A. y Gas Natural BAN S.A.

En su solicitud, LG&E sostuvo que Argentina, en forma unilateral, congeló determinados ajustes automáticos semestrales de las tarifas de distribución de gas natural de Argentina, basados en la variación del IPP de los Estados Unidos. Señaló además que, con la adopción de estas medidas, Argentina incumplió las obligaciones previstas en el Tratado: (i) al desconocer los compromisos contraídos, cuando la indujo a invertir en la industria del gas de Argentina; (ii) al no dispensar un trato justo y equitativo a su inversión; (iii) al tomar medidas arbitrarias que la discriminan por ser de nacionalidad y propiedad extranjeras, y (iv) al expropiar indirectamente su inversión sin cumplir con las disposiciones del Tratado, especialmente las relativas al debido proceso legal y al pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. LG&E se basa, en particular, en el Artículo II (1), (2) y (6) y en el Artículo IV del Tratado.

La compensación monetaria solicitada por LG&E ascendió a US\$248.000.000 o, si el Tribunal concluía que se produjo la expropiación, a US\$268.000.000, más los intereses compuestos y los costos previos y posteriores al laudo.

3.4. *La posición de Argentina*

En su Memorial de Contestación, Argentina utilizó diversos fundamentos, sin embargo, para efectos del presente artículo, sólo haremos referencia al estado de necesidad. En este caso, a diferencia del caso con CMS, Argentina puso más énfasis en el fundamento de la necesidad de las medidas haciendo referencia a los numerosos reportes de catástrofe económica repentina; de huelgas masivas involucrando millones de trabajadores; de fatídicos tiroteos; de cierre de las escuelas, negocios, de paralización de transporte, de la energía, de los bancos y del sistema de salud; de protestas a lo largo del país y de un decadente mercado bursátil. Estos reportes – señaló – culminaron con “una masiva explosión social” en la que cinco presidentes renunciaron en un mes. En vista de estas circunstancias, Argentina afirmó que el control de precios ejercido por el Gobierno estuvo plenamente justificado bajo las disposiciones de orden público del Artículo XI del Tratado. Adicionalmente, Argentina sostuvo que las acciones para congelar el incremento de precios en el sector de la distribución del gas fueron justificadas para mantener la infraestructura básica del país, dependiente de la energía del gas natural.

Por tales fundamentos de hecho, Argentina señaló que si el Tribunal considera que hubiese violado las obligaciones impuestas por el Tratado, el estado de crisis política, económica y social en el que cayó el país, justifican las acciones violatorias de las obligaciones que había asumido con respecto a LG&E. Por tanto, aún si las medidas

adoptadas por el Estado para superar la crisis vivida en los años 1998 a 2003, infringieran los derechos consagrados en el Tratado, tales medidas se tomaron en un contexto de estado de necesidad, por lo que durante este período Argentina debe quedar exenta de responsabilidad.

Los fundamentos jurídicos en que Argentina sustentó su posición son similares a los que fueron invocados en el caso con CMS.

3.5. Decisión de Jurisdicción

Mediante Decisión del Tribunal Arbitral sobre Excepciones a la Jurisdicción del 30 de abril de 2004 (Caso No. ARB/02/1) se resolvió que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal, desestimando todas las objeciones planteadas por Argentina sobre la admisibilidad de la controversia y todas las excepciones opuestas a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal.

3.6. Decisión sobre responsabilidad y laudo

Mediante Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006 (Caso Cía-di n.º ARB/02/1) el tribunal arbitral decidió, entre otras cosas: (i) que entre el 01 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, Argentina actuó en estado de necesidad, razón por la cual se le exoneró del pago de la indemnización por concepto de los daños ocurridos durante tal periodo; y (ii) que la República Argentina es responsable por los daños causados a LG&E excepto durante el periodo correspondiente al estado de necesidad.

Asimismo, mediante Laudo enviado a las partes el 25 de julio de 2007 (Caso CIADI No. ARB/02/1) el Tribunal Arbitral decidió que Argentina cumpla con pagar a LG&E la suma de US\$57.400.000,00 así como los intereses compuestos sobre dicho monto a la tasa de las Letras del Tesoro de los Estados Unidos de América correspondiente a seis meses, hasta la fecha de la cancelación total de la indemnización prevista en el Laudo. A continuación citaremos los principales fundamentos por los que en este caso, a diferencia del caso con CMS, se apartó el fundamento del estado de necesidad.

En este caso, el Tribunal Arbitral puso mayor énfasis en el análisis de las disposiciones del Tratado y no así en el Art. 25 del Proyecto. Por ello, haciendo referencia al Artículo XI señaló que efectuaría un doble análisis: (i) en primer lugar, determinaría si las condiciones vividas en Argentina justifican que el Estado invoque la protección consagrada en el referido artículo; y (ii) determinaría si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado.

Para tal propósito, el Tribunal decidió aplicar, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar, el Derecho internacional general, en la medida en que sea necesario y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino.

3.6.1. *Naturaleza self-judging del Artículo XI del Tratado*

Previo al análisis material del Artículo XI, el Tribunal decidió determinar si este artículo es *self-judging*, pues de ser así, el Estado Argentino estaría facultado para calificar si las medidas adoptadas por ella fueron necesarias para el mantenimiento del orden público o la protección de sus intereses esenciales de seguridad y si éstas cumplieron las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado; en consecuencia, el Tribunal sólo debería decidir si Argentina actuó o no de buena fe para que se le atribuya o no responsabilidad por los daños que causaron tales medidas.

El Tribunal, en base a las evidencias con que cuenta en relación al entendimiento que tenían las partes en 1991, año en que se firmó el Tratado, decidió que la disposición discutida no era de naturaleza *self-judging*.

3.6.2. *Carácter necesario de las medidas adoptadas*

Según el Tribunal, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. Estas fechas coinciden, por una parte, con la medida de congelamiento de los fondos, que prohibía a los propietarios de cuentas bancarias retirar más de mil pesos mensuales y, por la otra, con la elección del Presidente Kirchner. El Tribunal estableció estas fechas como el inicio y el fin del período de extrema crisis, tomando en consideración la notoriedad de los eventos ocurridos, pues “*las condiciones vividas en diciembre de 2001 representaron el grado de desórdenes públicos más alto y una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos*”. Además – en opinión del Tribunal - dicho período no es simplemente un período de “problemas económicos” o de “fluctuación del ciclo de los negocios”, sino una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, amenazado por el colapso total del Gobierno y el Estado argentino - concluyó el Tribunal. Este escenario negativo – según el criterio del Tribunal – activó las protecciones ofrecidas por el Artículo XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población.

En relación a que, si las medidas adoptadas por Argentina fueron el *único modo* para salvaguardar un *interés esencial*, el Tribunal sostuvo que:

[...] el artículo XI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo al IPP, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.

Asimismo, el tribunal concluyó en que dictar la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima del gobierno argentino, pues «bajo las consideraciones que el Gobierno enfrentó en el 2001, el tiempo era un factor esencial a tener en cuenta

para ofrecer una respuesta. Bajo la Ley de Emergencia elaborada en tan sólo seis días, se tomaron rápida y unilateralmente las acciones necesarias para combatir la crisis económica».

3.6.3. *Análisis del artículo 25 del Proyecto de Artículos de las Naciones Unidas*

En referencia al Art. 25 del Proyecto, el Tribunal señaló que las Naciones Unidas, Ha entendido que la procedencia del estado de necesidad depende, en todo caso, de la existencia concurrente de tres circunstancias, a saber: es necesario un peligro para la sobrevivencia misma del Estado y no para sus intereses específicos; ese peligro no debe haber sido creado por el Estado que actúa; finalmente, se exige que el peligro sea grave e inminente, de manera que no sea posible evitarlo por otros medios.

En relación al *interés esencial del Estado*, el tribunal señaló que por interés «esencial» no debe entenderse limitado a aquellos intereses referidos a la existencia del Estado, sino también a intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa.

En relación a la *obligación de no afectar el interés esencial de otro Estado* —señaló el tribunal— que la inclusión de un artículo autorizando el estado de necesidad en un tratado bilateral de inversiones constituye la aceptación de la posibilidad de que uno de ellos pueda invocar el estado de necesidad.

Seguidamente, el tribunal sólo mencionó los requisitos previstos en el artículo 25 del Proyecto, citando a algunos autores que comentan los alcances de cada uno de ellos, pero no los contrastó con los hechos del caso en concreto, salvo en dos requisitos: (i) el referido a la *contribución del Estado en la producción del daño*, en donde señaló que «[...] en primer lugar, las Demandantes no han probado que el Estado Argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del Gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis»; y (ii) en el requisito referido a si fue el *único modo* para salvaguardar un interés esencial del Estado, señalando que

[...] en estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas.

Adviértase en este punto que el Tribunal reconoció la existencia de otras medidas para hacer frente a la crisis.

Luego del análisis del artículo 25 del Proyecto, el Tribunal, subordinando los alcances de este artículo al artículo XI del Tratado, señaló que el artículo 25:

[...] no exime por sí mismo de responsabilidad a Argentina, [sino sólo] refuerza el análisis del Tribunal en relación al significado del artículo XI, en especial, el requisito de necesidad de las medidas para el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de seguridad argentinos.

Esta afirmación revela que –para el Tribunal– la fuente más importante para resolver la controversia fue el Tratado y que el derecho internacional general (en este caso, el artículo 25 del Proyecto) sólo fue requerido para interpretar y aplicar las disposiciones del mismo.

Finalmente refiriéndose al Art. 27 del Proyecto, señaló que el mismo «[...] no se refiere específicamente a la compensación por alguna o por todas las pérdidas en las que haya incurrido un inversionista, debido a las medidas adoptadas por un Estado durante el estado de necesidad». Añadiendo más adelante que «La norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta».

Por las consideraciones expuestas, el tribunal arbitral arribó a las siguientes conclusiones: (i) que el estado de necesidad se inició el 01 de diciembre de 2001 y finalizó el 26 de abril de 2003; (ii) que durante ese período Argentina queda exenta de responsabilidad, por lo cual LG&E deberá soportar las consecuencias de las medidas tomadas por Argentina; y (iii) Argentina debió reestablecer el sistema tarifario el 27 de abril de 2003 o haber compensado a LG&E, lo que no ocurrió, por lo que a partir de esa fecha Argentina es responsable por los daños causados a LG&E.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS LAUDOS

Como hemos podido apreciar, los casos *CMS vs. Argentina* y *LG&E vs. Argentina* tienen muchas semejanzas: (i) ambos se sustentan en similares fundamentos de hecho; (ii) se efectuaron inversiones en el sector del gas: mientras que CMS se dedicó al transporte, LG&E se ocupó de su distribución; (iii) ambos tienen como fundamento de derecho el Tratado entre Argentina y USA y el Proyecto de Artículos de las Naciones Unidas; (iv) ambos inversionistas reclamaron principalmente la trasgresión de su derecho a reajustar las tarifas de acuerdo al IPP de los Estados Unidos; y (v) en ambos casos Argentina expuso como argumento de defensa el estado de necesidad.

Sin embargo, a pesar de tales similitudes, existe una importante diferencia en la forma de resolver el fundamento del estado de necesidad, pues en el caso *CMS vs. Argentina* se declaró infundado el argumento del estado de necesidad, mientras que en el caso *LG&E vs. Argentina* se declaró fundado este fundamento.

Por ello, a continuación, vamos a realizar un análisis comparativo de ambos laudos arbitrales.

En primer lugar, es importante mencionar que la petición de arbitraje de CMS fue presentada sólo cinco meses antes de la petición formulada por LG&E. Esto quiere decir que ambos casos siguieron su curso casi simultáneamente.

Sin embargo, la diferencia temporal en la expedición del laudo sí fue considerable, pues mientras que en el caso con CMS el laudo fue notificado a las partes el 12 de mayo de 2005, en el caso con LG&E el laudo se notificó recién el 25 de julio de 2007, es decir, dos años y dos meses después. De acuerdo a ello, el tribunal del caso con LG&E, al momento de resolver la controversia, estuvo en la posibilidad de conocer los fundamentos del laudo expedido en el caso con CMS, pudiendo citarlos (ya sea para acogerlos o para apartarse de ellos), más aún si uno de los árbitros del caso LG&E (Francisco Rezek) también conformaba el tribunal arbitral del caso con CMS, sin embargo, no se hizo referencia alguna. Asimismo, el fundamento del estado de necesidad fue resuelto por el tribunal del caso con LG&E en la Decisión de Responsabilidad de fecha 3 de octubre de 2006, es decir, un año y cinco meses después de la expedición del Laudo del caso con CMS, por lo que por esta razón también estuvieron en la posibilidad de conocer sus fundamentos.

De un lado, CMS solicitó ser indemnizado con la suma de US\$261,1 millones, más intereses y costos, mientras que en el laudo se le reconoció el pago de US\$133,2 millones, además se dispuso que CMS transfiera a Argentina la propiedad de sus acciones en TGN una vez que dicho Estado le haya pagado el monto adicional de US\$2,148,100.

De otro lado, LG&E solicitó se le indemnice con US\$248.000.000 o, si el Tribunal concluía que se produjo la expropiación, a US\$268.000.000, mientras que en el laudo sólo se le otorgó US\$57.400.000,00, más intereses.

El análisis efectuado por el tribunal del caso con CMS partió del derecho interno argentino (la legislación argentina y las decisiones de su Corte Suprema) y culminó en el derecho internacional (el artículo 25 del Proyecto y las disposiciones del Tratado); por el contrario, el tribunal del caso con LG&E aplicó sólo el derecho internacional (en primer lugar, el Tratado y en segundo lugar, el Art. 25 del Proyecto), no obstante haber señalado inicialmente que utilizaría en último lugar el derecho interno argentino.

En relación a la naturaleza del artículo XI del Tratado en el sentido de si tiene un carácter discrecional (*self-judging*), ambos tribunales coincidieron en la respuesta negativa, por ello señalaron que era competencia del tribunal (y no del Estado argentino) determinar si el estado de necesidad cumplió con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del Tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud, no limitándose únicamente al examen de si las medidas fueron adoptadas de buena fe, como hubiera sucedido de haberse otorgado a la referida cláusula un carácter discrecional o *self-judging*.

Ambos tribunales también coincidieron en incluir al estado de emergencia dentro del concepto «intereses esenciales de seguridad», previsto en el Artículo XI del Tratado; sin embargo, discreparon en su apreciación del nivel de gravedad de la crisis sufrida por Argentina. Así, el tribunal del caso con CMS señaló que no fue tan grave como para justificar que las medidas adoptadas fueron para proteger un interés esencial de seguridad, mientras que el tribunal del caso con LG&E señala que sí lo fue. La

forma de apreciar la magnitud de la crisis - en nuestra opinión - fue la que determinó el resultado de ambas controversias.

En relación a si las medidas adoptadas por Argentina eran el *único modo* que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial también existe una discrepancia, pues el tribunal del caso con CMS respondió negativamente, mientras que el tribunal del caso con LG&E, interpretando de manera distinta esta disposición, aceptó que la decisión de Argentina fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social.

Otra diferencia entre ambos laudos la encontramos en el requisito previsto en el artículo 25 del Proyecto referido a *si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*, pues según el tribunal del caso con CMS, Argentina sí habría contribuido, mientras que para el tribunal del caso con LG&E, no lo hizo.

Finalmente, los Tribunales difieren también en la interpretación del Artículo 27 del Proyecto, pues según el Tribunal del caso con CMS, la configuración del estado de necesidad sólo eximiría de ilicitud a las medidas adoptadas por el Estado, mas no exime de la obligación de éste de indemnizar al inversionista por los daños causados. Sin embargo, el Tribunal del caso con LG&E sostuvo que dicha norma no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones, pero citando el artículo XI del Tratado concluye en que Argentina no debería pagar durante dicho período.

5. REFLEXIONES FINALES

En nuestra opinión, el factor determinante para la resolución de ambos casos ha sido la apreciación que cada tribunal ha tenido sobre la crisis argentina. Para uno de ellos fue tan grave que justificó las medidas tomadas por Argentina, mientras que, para el otro, no lo fue, por ello consideró que tales medidas no justificaron que se la exima de indemnizar los daños causados al inversionista extranjero. A partir de tal apreciación cada Tribunal comenzó su análisis del Art. 25 del Proyecto y de las disposiciones del Tratado, para arribar a su decisión final.

El resultado contradictorio de ambos laudos, ante tan idénticos hechos, podría inducirnos a pensar que no existe predictibilidad en el arbitraje de inversiones. Tal vez esta crítica pueda ser cierta, lo que constituiría uno de los defectos de este sistema de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión; pero también es cierto que hasta el momento, el arbitraje de inversiones constituye el mejor sistema que existe para incentivar las inversiones extranjeras y contribuir al desarrollo de los Estados. Estamos seguros que la práctica arbitral en esta materia, con el transcurrir del tiempo, va a pulir las imperfecciones de este sistema, pues como señalamos al inicio del presente artículo, el arbitraje de inversiones es todavía una categoría joven a la que le falta aún mucho camino por recorrer.

NO SOY YO, ERES TÚ: LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO PERUANO

*Guillermo Andrés Chang Hernández**

Sumario: 1. Introducción.– 2. La excepción de incumplimiento en el Código Civil peruano.– 3. Condiciones para invocar la excepción de incumplimiento.– 4. La condición del incumplimiento de la prestación en la excepción de incumplimiento.– 5. Carga de la prueba del incumplimiento.– 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe que los contratos nacen para ser cumplidos, más allá de la eficiencia de tal cumplimiento (si se quiere desde una mirada del análisis económica de tal cumplimiento), en puridad uno celebra un contrato en busca de un resultado que sea de su entera satisfacción.

Sin embargo, el cumplimiento del contrato no siempre se materializa, sea cual sea la causa. Pues, en ocasiones, una de las partes –a la que llamaremos fiel– ve frustrado su interés buscado con el contrato por el incumplimiento de su contraparte. Ante esta situación, el derecho civil concede la figura de la resolución como remedio contractual ante el incumplimiento aludido.

Como se ha dicho, se entiende que la opción de resolver le corresponde a la parte fiel, por lo que es menester conocer ¿quién es la parte fiel? Tema de suma importancia, pues, incluso el propio Código Civil antes de conceder la resolución del contrato, indica que se debe analizar cuál es la parte fiel, toda vez que el artículo 1426 del Código Civil, contempla lo que se conoce en doctrina como «La excepción de incumplimiento».

* Abogado por la UNSLG de Ica. Estudió postgrado en la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España). Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Docente de derecho civil; árbitro por el Instituto Peruano de Arbitraje. Socio principal del Estudio Guillermo Chang Hernández Abogados.

Es decir, frente a la solicitud de resolución contractual por incumplimiento de una de las partes (quien se cree la parte fiel), puede oponer la excepción de incumplimiento alegando que quien ha incumplido no es ella, sino quien plantea la resolución; esto es, «no soy yo, sino eres tú quien incumple», con lo cual se evitaría la resolución planteada, y generaría, además, otros efectos jurídicos que también analizaremos en las líneas que prosiguen.

2. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El artículo 1426 del Código civil señala:

En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

Con esta norma, el Código Civil regula la *exceptio non adimpleti contractus*.

Se dice que esta norma sólo es aplicable a los contratos con prestaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, situación que no es del todo cierta. Así, de forma correcta, César Fernández, citando a Messineo, destaca que «La situación en que puede encontrar aplicación la excepción de incumplimiento, implica un primer incumplimiento que determina y justifica el segundo».¹

De lo contenido en el citado artículo 1426 del Código Civil, se evidencia que en los contratos sinalagmáticos existen prestaciones a cargo de una de las partes o, para ser más precisos, existe una prestación y contraprestación que se corresponden, siendo la prestación la conducta debida por el deudor; y la contraprestación, la conducta prometida y debida por el acreedor a favor del deudor.

Ambas, prestación y contraprestación, podemos decir que son las dos caras de una misma moneda, pues la una depende de la otra, ya que en este tipo de contratos sinalagmáticos, si no existe el incentivo —si queremos llamarlo así—, o una contraprestación pactada a favor del deudor, no habría motivo para obligarse a una prestación; y, por consiguiente, si no existe una prestación a favor del acreedor, no hay razón para desplegar la contraprestación, de allí que estos tipos de contratos reciben el nombre de contratos con prestaciones recíprocas.

Sobre el particular, en nuestro medio, el profesor Rómulo Morales Hervias, expone:

Mediante la excepción de incumplimiento el contratante (artículo 1426 del Código Civil) rechaza el cumplimiento de la prestación hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. El plazo para

1 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, 2.ª edición, tomo VIII, p. 371.

el cumplimiento de la prestación debe vencer contextualmente al tiempo que es rechazada.²

En consecuencia, la excepción de incumplimiento no es más que una respuesta justa a la pretensión de quien no ha cumplido, a su vez, lo prometido en el contrato, es además una respuesta lógica a la pretensión de un derecho, (convirtiéndola en un medio de defensa de fondo);³ pues, antes de exigir algo, se tiene previa y naturalmente que cumplir lo prometido, salvo que se haya pactado cosa distinta.

En el derecho romano, para evitar esta injusticia, la parte a quien se demandaba el cumplimiento del contrato, podía hacer rechazar la demanda por medio de una excepción de dolo (*exceptio doli*), a la cual los comentadores han dado después el nombre de *exceptio non adimpleti contractus*.⁴

Esta excepción, como tal, es una defensa previa al incumplimiento; es decir, lo que primero debe analizarse, es si la parte que invoca el cumplimiento, ha cumplido ya su prestación.

En efecto, según el citado artículo 1426 Código Civil peruano, esta figura se trata de una excepción, más que de una acción propiamente dicha. Así, el profesor sanmarquino, Max Arias-Schreiber, sostiene que: «[...] como toda excepción, se trata de un instrumento de defensa que permite al contratante a quien se le exige el cumplimiento de su prestación, negarse válidamente y suspenderla [...]».⁵

Es decir, y siguiendo al ilustre jurista italiano Francesco Messineo, la excepción de incumplimiento es una herramienta de autotutela, así el citado jurista afirma que:

Con el medio –refiriéndose a la excepción de incumplimiento (de contrato incumplido)– y con aquéllos de los que hablaremos luego (suspensión de la ejecución y cláusula *solve et tepete*: n.ºs 9 y 10), la ley permite a cada contratante la posibilidad de defenderse por sí mismo (autotutela) contra acontecimiento que los perjudiquen.⁶

La excepción de incumplimiento opera, en suma, en el caso de incumplimiento recíproco de las partes o en los casos que al menos las partes aleguen dicho incumplimiento.

En efecto, ilustra el destacado civilista italiano Vincenzo Roppo, que:

Sucede a menudo que las partes cumplan y sufran, o en todo caso se cuestionen, incumplimientos recíprocos. La situación emerge, por lo general, a través de las vicisitudes procesales del siguiente tipo. A demanda a B pidiendo

2 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista, 2011, 1.ª edición, p. 274.

3 Así lo ha establecido la Corte Suprema en la Casación n.º 917-2012-Callao (*El Peruano*, 30 de junio de 2015).

4 *Op. cit.*, p. 372.

5 *Idem*.

6 MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Lima: Ara, 2007, 1.ª edición peruana, p. 795.

la resolución por su incumplimiento (y los daños): B se defiende negando haber incumplido, y sosteniendo que el incumplimiento es de A, reconviene la resolución (y los daños), o el cumplimiento; o bien admite no haber cumplido, pero aclara que no lo ha hecho porque encuentra justificación en el precedente incumplimiento de A (excepción de incumplimiento), y pide a su vez la resolución o el cumplimiento en contra de A.⁷

La jurisprudencia nacional también entiende esta figura contractual como un mecanismo de defensa a favor de la parte emplazada en el cumplimiento de las prestaciones contractuales.

Ha dicho, en este sentido, la Corte Suprema del Perú que:

La excepción de incumplimiento puede ser ejercida como defensa previa, ya que está vinculada a la ausencia de una de las condiciones de la acción, es decir, ausencia de interés para obrar del demandante, ya que el cumplimiento de la obligación que éste exige en su pretensión debe ser resistido, en tanto, el mismo ha incumplido con la prestación a su cargo y mientras no la satisfaga o garantice su cumplimiento, no puede alegar necesidad de tutela jurisdiccional.⁸

Asimismo, el Tribunal Supremo reitera que:

El artículo 1426 regula la excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus*, que es una de las consecuencias más importantes de la interdependencia de un contrato con prestaciones recíprocas, el cual tiene por fundamento proteger el mantenimiento del equilibrio patrimonial entre las prestaciones recíprocas, que se manifiesta en que cada parte pueda rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya.⁹

Como se aprecia, esta herramienta procesal como mecanismo de defensa ante la imputación de incumplimiento; y como tal, ante una pretensión de resolución, puede ser utilizada de forma abusiva y arbitraria por la parte a quien se le imputa incumplimiento, pues, es usual –y más en nuestro medio– que no se acepte el incumplimiento, por lo que es de suma valía saber cuándo se debe invocar esta excepción de forma legítima, y cuándo se hace sólo como acto dilatorio o de mala fe.

Una primera ayuda es establecer cuáles son las condiciones para invocar la excepción de incumplimiento, tema que abordaremos en su momento.

Por último, debemos destacar que, a pesar de la denominación dada por la doctrina, esta figura no es una excepción propiamente dicha, pues su efecto ante su procedencia podría ser que las partes cumplan con las prestaciones a su cargo, pues el que

7 ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, 1.ª edición, p. 892.

8 Casación n.º 56-01. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre 2001, n.º 38, p. 155.

9 Casación n.º 401-99-Lima.

invoca la excepción puede exigir al demandante de la resolución que cumpla primero la contraprestación debida.

Así opina también el profesor Max Arias-Schreiber cuando sostiene [...] si bien el Código no se ha detenido en este aspecto, por ser impropio de su contenido, estimamos que no es una excepción procesal, pues el fallo que pone fin a la controversia dispone que el demandado satisfaga su prestación simultáneamente con la del demandante o que cuando menos, este último sea garantizado en ese cumplimiento.¹⁰

3. CONDICIONES PARA INVOCAR LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

De la lectura del artículo 1426 del Código Civil, de lo expuesto por la doctrina nacional y de algunos fallos de la Suprema Corte del país, para que la excepción de incumplimiento sea invocada de forma correcta, se deben presentar copulativamente los siguientes requisitos y condiciones:

1. Existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente.
2. Incumplimiento por el acto de su prestación.
3. Falta de incumplimiento del excepcionante.
4. La buena fe.

Para el profesor Morales Hervias, la procedencia de esta excepción requiere:

1. Contrato con prestaciones recíprocas.
2. Existencia de una falta de cumplimiento de ambas obligaciones.
3. Su ejercicio no puede oponerse a la buena fe.¹¹

También, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado al respecto y en la Casación n.º 917-2012-Callao (*El Peruano*, 30 de junio de 2015) y en la Casación n.º 291-2015-Lima Norte se coincide en que, para que opere esta excepción: «[...] se tendrá que acreditar la existencia de un contrato con prestaciones recíprocas que deban cumplirse simultáneamente, asimismo, deberá corroborarse la falta de incumplimiento del excepcionante y la buena fe».

4. LA CONDICIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN EN LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La invocación de este tipo de excepción si bien busca equilibrar las condiciones pactadas en el contrato, también es cierto que muchas veces se utiliza como acto dilatorio e injustificado por parte del deudor, quien alegando tal excepción, puede negarse a

10 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Normas Legales, 2011, 2.ª edición, tomo I, p. 192.

11 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 275.

cumplir la prestación debida de forma arbitraria o caprichosa, perturbando a su interés los fines del contrato celebrado.

Por ello, es fundamental determinar cuándo, de forma razonable y dentro de lo enmarcado tanto en el contrato y la norma jurídica aplicable, se entiende exigible la contraprestación debida.

Para determinar ello, debemos recordar que la excepción de incumplimiento sólo opera en los contratos sinalagmáticos cuyas prestaciones se deban cumplir simultáneamente (al menos ello señala la norma peruana). Esta simultaneidad debe entenderse como cumplimiento recíproco, en donde el cumplimiento, tanto de la prestación como de la contraprestación, son correspondientes, ya sea por la naturaleza del acto o por acuerdo de las partes.

Fernández, ya citado, al comentar la simultaneidad en la invocación de esta excepción, nos dice: «[...] debe estar presente la regla básica del toma y daca en su expresión claramente definida: «doy para que des» como consecuencia de su nacimiento en relación recíproca».¹²

Determinar quién incumplió, resulta un ejercicio consistente en analizar si la conducta de las partes, se enmarcan, más de acuerdo —como se ha dicho— a lo pactado por ellas mismas, a la naturaleza del contrato o, en todo caso, a lo que señala la ley.

Sobre este punto, de manera ilustrada, nos dice Roppo que:

La valoración se basa en varios criterios. Un criterio cronológico: ¿cuál de los dos comenzó a no cumplir, o a cumplir mal? Un criterio de causalidad: ¿el incumplimiento de B deriva del de A, respecto al cual presenta una precisa reacción y respuesta, o bien está del todo desligado? Un criterio de adecuación: ¿admitido que el incumplimiento de B reaccione causalmente al de A, se trata de una reacción proporcionada o desproporcionada?¹³

Combinando estos criterios —continúa Roppo— el juez decide quien es «más» incumplidor, a quien atribuye en definitiva la responsabilidad (o la mayor responsabilidad) por la falencia de la relación contractual: desestima la demanda de esa parte, y estima la demanda de la otra.

En este punto, nos encontramos con una confusión en la terminología usada en el artículo 1426 del Código Civil peruano, se habla de incumplimiento simultáneo, lo cual muchas veces resulta una hipótesis imposible, pues, generalmente, a la prestación le prosigue la contraprestación en el momento; si se quiere inmediatamente, posterior, pero no simultáneo.

En efecto, este punto es destacado también por Messineo, quien afirma que el incumplimiento simultáneo (en Italia con precisión se habla de incumplimientos recíprocos, artículo 1460 del *Código* de 1942) se refiere a que éstos deben tener una relación de dependencia, pues resulta casi imposible que el incumplimiento sea simul-

12 FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. *Op. cit.*, p. 374.

13 ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 892.

táneo, pues –ya se dijo– que a una contraprestación le antecede siempre una prestación.

Justamente, el profesor italiano concluye, de manera muy ilustrativa y clarificante, que: «Sin embargo, entre un incumplimiento y el otro debe existir un nexo de causalidad, más aún de recíproca influencia o dependencia».¹⁴

En efecto, el mismo Messineo reitera que: «a) Esta regla es la aplicación del adagio *inadimplenti non est adimplendum* (o del adagio equivalente *nom servanti fidei, nom est fides servanda*). Ella se funda –continúa Messineo– en el nexo de interdependencia (o conexión) entre las prestaciones a la que hemos aludido varias veces a propósito del contrato con prestaciones recíprocas y en cuya virtud la prestación no puede mantenerse sin la contraprestación».¹⁵

En tal sentido, y si consideramos la naturaleza y por propia lógica contractual, cuando el artículo 1426 del Código Civil peruano se refiere a «incumplimiento simultáneo», es en realidad un incumplimiento recíproco, pues así obra expresa y claramente en su antecesor y modelo italiano.

5. CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO

A la luz de la excepción de incumplimiento que exige la comprobación de la prestación debida, vale también preguntarnos ¿quién debe probar que cumplió?

Guillermo A. Borda, sobre el particular y en base a la legislación argentina anterior al Código Civil de 2015, nos dice: «Ordinariamente, quien opone una excepción debe probarla; pero, en este caso la ley ha invertido el cargo de la prueba haciéndolo pasar sobre el que demanda el incumplimiento».¹⁶

En nuestro medio, creemos que, a pesar de que la excepción es invocada por el emplazado en la resolución, la prueba del cumplimiento corre a cargo de quien requiere cumplimiento o demanda la resolución del contrato por incumplimiento, pues a tenor del artículo 1229 del Código Civil, la carga de la prueba del pago corre a cargo de quien lo alega.

En efecto, dicha norma precisa: «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

Con lo anotado, quiere decir que si una de las partes alega no haber cumplido su prestación (o técnicamente su contraprestación) con la finalidad de repeler un incumplimiento; y, por ende, una posible resolución del contrato, es la otra parte (quien imputa incumplimiento) la que debe en primer término demostrar haber cumplido, ello además es propio y el efecto que genera por naturaleza, es la excepción de incumplimiento.

14 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 796.

15 *Idem*.

16 BORDA, A. Guillermo. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Perrot, s/a., 16.ª edición, p. 131.

6. CONCLUSIONES

Sólo nos queda agregar que la excepción de incumplimiento es una figura contractual que opera frente al requerimiento, por parte de quien aún no cumple su prestación. El cumplimiento de la prestación; su invocación debe estar acorde siempre al principio de la buena fe contractual (artículo 1368 del Código Civil); y que, a efectos de darle viabilidad práctica en su aplicación, por lógica e interpretación histórica del artículo 1426 del Código Civil peruano, la prestación incumplida no debe ser, en estricto, simultánea, sino más bien, correspondiente la una a la otra.

Concluimos con las palabras de Messineo, quien resume el fundamento de la excepción de incumplimiento en «[...] un poder nacido *ex lege* de abstenerse provisoriamente de cumplir que obra a modo de reconvención: “no cumplo porque tú no cumples”;¹⁷ en nuestro caso, diríamos «no soy yo, eres tú».

17 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 797.

RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA: PERSPECTIVAS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DESDE EL CÓDIGO CIVIL

Juan Miguel Rojas Ascón ***

Sumario: 1. Introducción.– 2. Contrato de obra.– 3. Las partes y sus obligaciones contractuales.– 4. Elementos caracterizadores del contrato de obra.– 5. Determinación de la retribución.– 6. El riesgo contractual.– 7. Riesgo en la etapa de ejecución de obra.– 8. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos de obra se encuentran revestidos de una complejidad propia de su naturaleza fáctica, en la medida de que su concreción en la realidad no sólo dependerá de instituciones normativas o un sistema jurídico que lo respalde, sino también de circunstancias económicas, técnicas y hasta sociales que, en un escenario ideal, deben ser identificadas, definidas y gestionadas antes de su perfeccionamiento documental.

Es así que la asignación de derechos y obligaciones en este tipo de contratos, no sólo se determina como un aspecto elemental para su ejecución, sino también como un parámetro cierto y objetivo de distribución de responsabilidades, disminuyendo con ello la incertidumbre de eventuales controversias y el esclarecimiento de las competencias de cada contratante.

* Máster en contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha, España. Árbitro inscrito en el Sistema Nacional de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Maestría de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización y postgrados en derecho civil, contratación pública, arbitraje internacional y arbitraje de inversión en la Universidad de los Andes de Chile, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico. E-mail: jmrojas@pucp.pe.

** El autor agradece al abogado Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado por su valioso apoyo en la elaboración del presente trabajo.

Es en ese sentido que, el Capítulo Tercero del Título IX de la Sección Segunda del Código Civil regula, a partir del artículo 1771, los pormenores jurídicos a considerar en la ejecución de los contratos de obra; estas consideraciones, de carácter general y vinculante, serán los factores ciertos entre el contratista y el comitente al momento de distribuir los derechos y obligaciones que le correspondan.

Sin embargo, el marco normativo antes mencionado no es taxativamente claro respecto de los riesgos que conlleva la ejecución de una obra; es decir, no se advierte profundidad legislativa sobre la asignación de eventuales responsabilidades que puedan ocurrir a consecuencia de eventos posteriores a la celebración del contrato, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho imputable a alguna de las partes, hayan podido ser previsibles o no; en ese sentido, corresponde analizar si la normativa civil establece ciertas pautas a considerar para estos efectos.

En esa medida, la asignación de riesgos es un aspecto elemental en este tipo complejo de contratos, máxime si el cumplimiento del objeto contractual se pudiera ver alterado (e inclusive supeditado) a factores ajenos a los propios contratantes; es un acto de diligencia, e inclusive de responsabilidad, tener mínimamente cubierto ese detalle a fin de maximar tiempos y recursos que, en otro escenario, puedan ser empleados en resolver una controversia que pudo ser identificable y esclarecida previamente.

Por lo expuesto, la institución materia de análisis, conjuntamente con los derechos y obligaciones, forman una base elemental para una armónica distribución de competencias entre las partes de un contrato de obra, que permitirá planificar acciones a futuro y una correcta distribución de responsabilidades.

2. CONTRATO DE OBRA

El Código Civil, en su artículo 1771, define al contrato de obra conforme a los siguientes alcances: «Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución».

Es así que la mencionada interpretación se realiza desde una perspectiva estrictamente contractualista, evitando entrar en detalle sobre sus elementos constitutivos, pero buscando dejarlos en claro.

En esa medida, el contrato de obra es un acuerdo bilateral de carácter signalagmático, por el cual un sujeto (el comitente) se obliga a otorgar una contraprestación (que, generalmente, es un monto dinerario, llamado retribución) a favor de su contraparte (el contratista), a consecuencia de la realización de una obra a su satisfacción.

La obra, constituida como una obligación de hacer,¹ puede consistir en la creación o modificación de una cosa y también en cualquier otro resultado a producir por

1 Código Civil.

Artículo 1148.- Plazo y modo de obligaciones de hacer.

El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

el trabajo o prestación de servicios; sin embargo, esto debe entenderse como un medio para obtener un resultado,² que el contratista se encuentra obligado a cumplir.

Mencionado lo anterior, el contrato de obra busca siempre generar un resultado que puede exteriorizarse, ya sea en una cosa (edificio, caldera, etc.) o en una prestación intelectual con cierta existencia objetiva: un proyecto de arquitectura, el dictamen de un jurista,³ entre otros.

En ese sentido, la «obra» tendrá que constar siempre en un soporte material que le brinde existencia.

Por lo expuesto, se advierte que la palabra «obra» es imprecisa, porque se refiere tanto a los bienes muebles, como inmuebles, así como también a objetos materiales como inmateriales.

Es importante precisar que esta «imprecisión» no es un aspecto negativo desde el punto de vista normativo, ya que la intención del legislador es crear directrices genéricas aplicables a situaciones diversas: no sería factible ni eficiente regular situaciones muy particulares.

Teniendo en cuenta lo afirmado y en virtud de los objetivos deseados, el presente estudio se referirá exclusivamente al «contrato de construcción», como modalidad del contrato de obra, teniendo en cuenta que ésta es la principal actividad involucrada en el marco normativo bajo análisis.

En esa medida, el «contrato de construcción» tendrá como objeto la fabricación o generación de una «obra», entendida como aquella construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.⁴

Es importante precisar que los alcances antes expuestos, devienen de la definición de «obra» contenida en el Anexo n.º 1 del Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, la misma que nos servirá de referencia para estos efectos, puesto que su regulación es más completa respecto a la contenida en el Código Civil.

Es así que el contrato de construcción presenta particularidades que justificarían una regulación especial: por la complejidad y especialidad técnica para su ejecución, por la especialización práctica para llevarla a cabo (generalmente asumidas por empresas específicamente dedicadas a ese rubro), por los derechos, obligaciones y riesgos especializados que involucran su desarrollo, además de otros aspectos particulares, como

2 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, tomo II, pp. 305-306.

3 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Boch, 1977, vol. 3, p. 277.

4 Definición de «obra» conforme al Anexo n.º 1 del Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

vicios del suelo, de los materiales y otras circunstancias que lo constituyen como una especie⁵ particular.

A manera de síntesis, por el contrato de construcción, el constructor se compromete a entregar una obra a su contraparte, a partir de la organización de medios necesarios para esos efectos, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, a cambio del pago de un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida.⁶

3. LAS PARTES Y SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Conforme a los alcances normativos del Código Civil, el constructor de la obra se denomina como «el contratista» y al propietario o titular de ésta como «el comitente».

En esa medida, las partes del contrato de construcción son indentificadas por la ley, denominándolos «comitente» o «dueño de la obra» (*besteller*) y «contratista» o «empresario» (*unternehmer*).

El título de «empresario» da cuenta de que el obligado actúa generalmente con independencia económica y no en una posición de trabajador subordinado; es decir, el contratista ejecutará la obra en base a su especialidad, pericia y bajo su propia responsabilidad.⁷ Nótese de lo mencionado que es la ley quien llama al acreedor de la prestación de obra, «el dueño de la obra» o «comitente»; y al deudor, «contratista»; con la precisión de que no es necesario que un empresario actúe en sentido económico, aunque con frecuencia así lo es.⁸

Si bien el contratista actúa con independencia, la normativa civil es bastante clara respecto a la potestad del comitente de efectuar acciones de inspección a la obra,⁹ las mismas que no sólo lo limitan a un papel de observador, sino, inclusive, de supervisor con potestades de control de las prestaciones. En ese sentido, será en realidad el titular de la obra quien establezca la forma de ejecución y el producto final, que entregará el constructor.

Sin perjuicio de ello, será el contrato, el que, finalmente, establezca las pautas a considerar en el proceso de construcción, las mismas que estarán sujetas (generalmen-

5 PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 49.

6 *Idem*, p. 52.

7 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. *Ob. cit.*, p. 306.

8 MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. *Ob. cit.*, pp. 544-545.

9 Código Civil.

Artículo 1177.- Inspección de la obra.

El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

te) por la costumbre común de ese tipo de prestaciones, las que en el Código Civil se denominan como «reglas del arte».

Por lo expuesto, si bien el comitente tiene la potestad de dirigir el proceso constructivo, éste se desarrollará bajo los parámetros preestablecidos en el documento contractual.

Por lo expuesto, el contratista debe tener una organización de medios de producción y por eso es denominado como empresario, aun en el sentido más técnico de este término. Tales medios consisten en una organización técnica y en el empleo del trabajo de otros prestadores de labores.¹⁰

Se advierte de lo mencionado que, la obligación fundamental del contratista,¹¹ es la realización de la obra de acuerdo a lo convenido en el contrato.

En su cumplimiento, ha de actuar de acuerdo no sólo con lo que en él esté especificado, sino también con las reglas de su profesión y usos. Los profesionales deben prestar sus servicios según las reglas del arte o profesión que ejercen.¹²

En ese sentido, el deber de prestación del empresario consiste en la realización de la obra pactada. El comitente no sólo puede exigir que el empresario dedique su actividad al fin de producir la obra, sino que realice ésta de forma que tenga las cualidades aseguradas, contratadas y que no adolezca de vicios que anulen o disminuyan el valor o la utilidad de uso ordinario o del previsto en el contrato.¹³

Por su parte, el dueño de la obra tiene como obligaciones más destacadas¹⁴ la de retribuir y recibir la obra —una vez ejecutada según el contrato— y de soportar los riesgos una vez recibida. En este punto, es oportuno dejar constancia de que el empresario soporta el riesgo del pago del precio hasta la terminación de la obra y su posterior entrega.

10 MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, tomo IV, p. 199.

11 Código Civil.
Artículo 1774.- Obligación del contratista.

El contratista está obligado:

1. A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre.
2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular.
3. A pagar los materiales que reciba, si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra.

12 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2002, vol. II, p. 434.

13 LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*. Ob. cit., p. 308.

14 Código Civil.
Artículo 1773.- Obligación del comitente.

Los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto.

En efecto, la recepción no significa otra cosa que el hacerse cargo materialmente de la obra, su traslado hasta la posesión inmediata del comitente. Ciertamente es obvio que, desde el momento en que la obra es terminada, llega efectivamente a su poder, el comitente soportará el riesgo de su pérdida por caso fortuito que, con posterioridad, puede afectar a la obra.¹⁵

Finalmente, debemos precisar que una vez que la obra está concluida, la doctrina distingue tres etapas de posible desenvolvimiento simultáneo: a) la verificación de la obra, que consiste en un examen para determinar si se ha ejecutado de acuerdo a lo convenido; b) La aprobación, que es el juicio emitido como resultado de la verificación y que implica la obligación de aceptarla; c) la recepción, como consecuencia de la entrega o puesta a disposición que realiza el contratista, y de la obligación que surge para el comitente en tal sentido por haber aprobado la obra. Por tanto, la entrega de la obra no es sinónima de recepción.¹⁶

4. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL CONTRATO DE OBRA

El contrato de obra es de tracto único, ya que se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Éste es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de tracto sucesivo.¹⁷

En esta medida, a diferencia de los contratos de obra (en virtud de lo planteado en el Código Civil), el contrato de construcción presenta como características particulares más resaltantes, las siguientes:

- a) *El contrato de construcción tiene como resultado la generación de una obra inmueble.* Conforme a lo expuesto previamente, la definición de «obra» en el Código Civil es bastante genérica, orientada a todo tipo de cosa tangible e intangible, que es producida por un contratista, por mandato de un comitente; en cambio, la obra en materia de construcción se encuentra orientada a la ejecución de proyectos de ingeniería, que van desde edificaciones hasta objetos tan particulares como carreteras, estructuras, puentes, entre otros; compartiendo todos ellos la característica esencial de ser bienes inmuebles.
- b) *El proyecto, la dirección de la obra y la construcción en sí requieren necesariamente la participación de ingenieros y arquitectos.* La práctica usual de este tipo de contratos requiere una capacidad técnica y económica suficiente para llevarla a cabo, satisfecha sólo por sujetos (personas jurídicas) especializados en esa materia y que cuenten con un *staff* profesional adecuado.¹⁸

15 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Ob. cit., p. 318.

16 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de derecho civil*. Ob. cit., p. 436.

17 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 109.

18 El artículo 186 del Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, exige para todas las obras que superen los S/ 4'300,000.00 (Cuatro millones trescientos mil con

- c) *Se necesitan la obtención de licencias y permisos emitidos por la autoridad competente.* Dependiendo del tipo de obra, los trámites necesarios para su adecuada ejecución, van desde licencia, autorizaciones y/o permisos de carácter ambiental, municipal, entre otros. De igual forma, a su culminación, es recomendable su inscripción en los Registros Públicos correspondientes, para efectos de declarar la titularidad pertinente.
- d) *Los trabajadores a diferencia del staff profesional, son contratados mediante el régimen laboral de construcción civil.* Considerando las circunstancias particulares de esta actividad, los trabajadores de construcción civil se encuentran vinculados a un régimen laboral especial, siempre y cuando los costos individuales de la obra excedan las 50 UIT, conforme al Decreto Legislativo n.º 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada de Construcción. Este régimen comprende distintos tipos de derechos como el pago mediante jornales y distinto tipo de bonificaciones económicas, en mérito de las circunstancias de trabajo, entre otros beneficios.

Nótese de lo mencionado, que los requisitos necesarios para estar frente a un contrato de construcción, es que las prestaciones que ejecuta el contratista recaigan sobre bienes inmuebles, que los trabajos se ejecuten en base a un expediente técnico, previa dirección técnica y que, además, exista el aporte de materiales, mano de obra y/o equipos.

Sin perjuicio de lo mencionado, parte de la doctrina civil, ciñéndose exclusivamente a la definición del Código Civil, ha manifestado que los elementos condicionadores del contrato de obra, son: a) un resultado, para llegar al cual se proporcionan energías que no son un fin, sino un medio; y b) el pago de un precio o retribución, que puede ser determinado o determinable.¹⁹

5. DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN

Como ya se ha mencionado, quien asume la contratación (contratista, o empresario en sentido estricto) promete a la contraparte (contratante o comitente) un resultado que consiste en, una primera forma, en un acto de producción. En sentido propio; o sea, en la elaboración de materias (ejemplo, construcción) cuyo riesgo asume y que, de ordinario, el comitente no estaría en situación de atender por sí mismo, porque implica una especial habilidad técnica (se trata de un contrato que puede fundarse –y de ordinario se funda– sobre el *intuitu personae*).²⁰ Esto implica que el contratista está obligado a ejecutar la obra directamente, lo que quiere decir que debe servirse de su propia organización con prohibición de subcontrata, salvo previa autorización.²¹

00/100 nuevos soles) que se contrate a un supervisor de obra, esto debido a que el supervisor de obra contará con un *staff* profesional compuesto, principalmente, por ingenieros y/o arquitectos especialistas, quienes supervisarán adecuadamente la ejecución de la obra.

19 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Ob. cit., p. 109.

20 MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Ob. cit., p. 198.

21 BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, tomo IV, p. 141.

Por lo señalado, es necesario que la ejecución de la obra pueda convenirse de dos formas: bien señalando como objeto la totalidad de la prestación, denominada por el artículo 1776²² del Código Civil como «obra por ajuste alzado», o bien, fraccionando la prestación en ejecuciones parciales, que el artículo 1781²³ del mismo cuerpo legal, llama «obra por piezas o medida».

Cabe precisar que la previa determinación de la forma de pago en un proyecto no es; sin embargo, obstáculo para su variación ulterior de modo convencional. No es admisible, pues, una variación unilateral del contratista, que ha de contar siempre con la aprobación expresa o tácita del comitente.²⁴

De lo mencionado, es importante tener presente que el empresario o contratista soporta el riesgo del precio hasta la recepción de la obra, regla que no rige para el llamado riesgo de la cosa: por el perecimiento ocasional, o por un deterioro circunstancial de la materia suministrada por el dueño de la obra puesto que no responde el empresario²⁵.

En este sentido, la fijación del precio se realiza usualmente en base a los sistemas antes referidos:²⁶

1. Por ajuste o precio alzado, esta modalidad implica la realización de la obra por un precio global.
2. Por piezas o medidas, que envuelve el señalamiento de un precio por unidad de obra.

Conforme a lo señalado, la retribución del contrato de obra puede ajustarse a los sistemas ya referidos; es decir, globalmente o a unidad de medida. En el primer caso, se habla de contrata «por cuerpo», *a forfait* o *per aversionem*. En el segundo, de contrata «a medida» o «a precios unitarios».

22 Código Civil.

Artículo 1776.- Obra por ajuste alzado.

El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

23 Código Civil.

Artículo 1781.- Obra por pieza o medida.

El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.

No produce a este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida.

24 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de derecho civil. Ob. cit.*, p. 435.

25 MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales. Ob. cit.*, pp. 544-545.

26 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN Antonio. *Sistema de derecho civil. Ob. cit.*, pp. 435-436.

Cabe precisar, que la obligación del contratista por unidad de medida, no genera que se descomponga su obligación en tantas prestaciones autónomas como medidas singulares,²⁷ se hayan pactado.

Así tenemos que, en la obra «suma alzada», «por cuerpo» o *a forfait*, la compensación de la obra queda por lo común inmutado. Es decir, el contratista no tiene derecho a compensación, salvo estipulación en contrario, por las variaciones o adiciones aportadas al proyecto, aunque autorizadas por el mismo comitente, a no ser que se trate de variaciones queridas por éste, respecto de las cuales el contratista tiene derecho a indemnización, aunque el precio de la obra no lo hubiese establecido globalmente o hechas necesarias por la ejecución «según las reglas del arte».²⁸

Sin perjuicio de lo mencionado, es oportuno mencionar que los contratos a «suma alzada», «por cuerpo» o *a forfait*, si permiten el pago por prestaciones adicionales, siempre que exista una modificación en el alcance del contratista, esta modificación no le sea imputable y, además, sea necesaria para alcanzar la finalidad contratada del proyecto.

Sobre la obra «a medida», la compensación aumenta con el aumento de las unidades. Pero, dentro del ámbito de cada una, continúa ella inmutada, y tanto es así, que se ha dicho que cada unidad aisladamente considerada, es una pequeña contrata *a forfait*.²⁹

6. EL RIESGO CONTRACTUAL

«Riesgo», como concepto, se determina como toda posibilidad que produzca una alteración perjudicial importante para alguna de las partes durante la ejecución del contrato de obra, perturbando el equilibrio previsto respecto de los derechos y obligaciones que recíprocamente se establecieron durante la celebración, originada por un hecho futuro e incierto.³⁰

Nótese que el riesgo es esencialmente contingente y debe ser capaz de producir un daño significativo en el equilibrio que ambas partes establecieron por mutuo acuerdo, y no en relación con la equivalencia en términos económicos. Este último aspecto es materia de otros capítulos del ordenamiento jurídico y cuenta con los remedios adecuados en los institutos de los vicios del consentimiento, la lesión y el enriquecimiento sin causa, pero no forma parte del estudio de los riesgos.³¹

Así, el riesgo, en materia contractual, hace referencia a todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato de obra, tienen la potencialidad de alterar su equilibrio económico. Desde el punto de vista de la teoría financiera, el riesgo se entiende como la dispersión de resultados inesperados, debido a

27 BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado. Ob. cit.*, p. 141.

28 *Idem*, pp. 145-146.

29 *Idem*, p. 145.

30 PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción. Ob. cit.*, p. 287.

31 *Idem.*, pp. 287-288.

movimientos en variables financieras.³² Además, se le define como «todo aquello que puede generar un evento no deseado y traer como consecuencias, pérdidas y/o daños».³³

El concepto de riesgo, entonces, tiene dos elementos: el primero de ellos es la posibilidad que se cause un daño o un perjuicio y el segundo son las consecuencias negativas que de producirse acarrearía para las partes involucradas. Los contratos de obra por su naturaleza comportan riesgos en sí mismos, como proyecto de gestión que puede lograr o no la realización de la obra concebida por las partes. Esto puede ser consecuencia de diversos factores bien sea internos como defectos en la definición del objeto contractual o externos que dificultan o modifican las condiciones originalmente pactadas.³⁴

En relación a la naturaleza del riesgo, nos encontramos con que los contratos aleatorios³⁵ pueden encontrar rasgos particulares que los llevan a diferir de los contratos conmutativos,³⁶ pues la existencia de los riesgos contractuales, en realidad, es común para ambos casos; esto quiere decir que los riesgos son «omnipresentes», respecto de todo contrato.

Empero, el contrato aleatorio supone un alea jurídico, esto es, una causa objetiva, abstracta y general, que no constituye las obligaciones del contrato, pero que permite encontrar la voluntad reglada de insertar en éste el alea económico o una causa subjetiva. Ésta consiste en la intención de las partes de correr un riesgo o, en otras palabras, la intención especulativa que las partes introducen dentro de la causa inicial del contrato, que no modifica los elementos constitutivos de las obligaciones que engendra el mismo, pero que varía la equivalencia económica del contrato bajo una aceptación explícita de que el resultado del contrato puede ser desequilibrado.³⁷

6.1. Riesgos contractuales previsibles e imprevisibles

Profundizando en el tema del riesgo, se presentan dos tipos distintos de riesgo, un riesgo previsible y uno imprevisible, consiste el primero en aquél que es contemplado por las partes, siendo éste representado razonablemente en la celebración del contrato; y, por lo cual, las partes introducen reglas contractuales para su asignación.

32 ALEJANDRO SÁNCHEZ, José. *Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública*. Bogotá, 2012, p. 35

33 DIZ CRUZ, Evaristo. *Teoría de riesgo*. Bogotá: ECOE, p. 1.

34 ALEJANDRO SÁNCHEZ, José. *Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública*. *Ob. cit.*, p. 36.

35 Entendidos como aquéllos en los que la relación entre los beneficios y sacrificios no está determinada, al depender de alguna circunstancia desconocida por las partes o imprevisible.

36 Entendidos como aquéllos en los que desde un principio aparece determinada la relación existente entre los beneficios y sacrificios que las partes asumen, como ocurre, por ejemplo, en los contratos de compraventa y arrendamiento.

37 SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. «La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública». En *Revista Derecho del Estado*, 2016, p. 192.

La forma en que se establece la representación razonable, es a través de la formalización de un parámetro. Por lo tanto, no hacen parte de los riesgos previsible aquellas circunstancias que se encuentran cobijadas por regulaciones particulares contenidas en el marco de los riesgos contractuales. El parámetro que permite trazar el límite de lo imaginable o inimaginable de un riesgo; es decir, de lo previsible o imprevisible, es considerar el desarrollo de cada obligación contractual y distribuir más allá del costo que el desarrollo de la misma conlleva en condiciones normales, un espacio en que pueda ocurrir una situación que altere el desarrollo normal estimado de la prestación; y, por tanto, el costo de la obligación. Para esto se propone un primer límite llamado «alea normal», que consiste en el grado en que, conforme a la técnica implicada y conforme a la estadística, se puede establecer que existe un margen normal de falla.³⁸

La definición del concepto de previsible contractual, va ligada a la posibilidad de la identificación y cuantificación del riesgo en condiciones normales, teniendo en cuenta que, entre mayor probabilidad del evento, mayor previsibilidad del mismo. Dichas condiciones deben hacer parte de los estudios y documentos previos del proceso de contratación, de acuerdo a lo previsto en la normativa correspondiente.

Por otra parte, los riesgos imprevisibles no justifican ningún límite para la determinación del riesgo en el sentido expuesto, aunque significa su ocurrencia también una alteración grave de la ecuación económica contractual. Es, en sentido estricto, su carácter de evento no verificado lo que permite su definición, o mejor, simplemente, su reconocimiento legal como «riesgos imprevisibles».³⁹

6.2. El riesgo en contratos de suma alzada, por cuerpo o a forfait

Como lo señala el artículo 1776 del Código Civil:

El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio, en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

Si bien el artículo citado no lo precisa, el sistema de suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación, están completamente definidas en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra.

Puesto que, como hemos mencionado, se define al contrato a suma alzada como aquél en virtud del cual, el constructor o contratista se obliga a aportar los materiales, organización, administración y realización de la totalidad de los trabajos que sean necesarios para la ejecución íntegra y oportuna del proyecto encomendado por el dueño o propietario de la obra; todo ello, a cambio de un precio fijo y predeterminado.

38 ALEJANDRO SÁNCHEZ, José. *Asignación de riesgos previsible y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública. Ob. cit.*, p. 38.

39 *Idem*, pp. 38 y 39.

El aspecto característico de este contrato, es que se ejecuta la totalidad de la obra a un precio fijo inamovible. Así, el hecho de que el precio de un contrato de construcción sea a suma alzada, no tiene implicancia en la extensión del alcance de las obligaciones del constructor (tales como la de proveer los materiales o la de asegurar la calidad del diseño o el rendimiento de la obra, una vez terminada), sino que sólo establece que el monto de las utilidades de éste en el negocio, será el resultado de restarle al precio la totalidad de los costos y gastos en los que ha incurrido para cumplir con sus obligaciones.

Lo antes afirmado se traduce jurídicamente en que el precio del contrato se mirará como la única contraprestación a las obligaciones contractuales del constructor, con independencia de los costos incurridos para cumplirlas. En este tipo de contrato, ante la determinación del precio fijo invariable, se tiene como consecuencia que el propietario de la obra se libere de los riesgos de la variación de los costos de la ejecución del proyecto, independientemente de que la oscilación provenga del precio variable de los materiales, insumos, herramientas y costos. Esto implica dos cuestiones fundamentales:⁴⁰

- a. El contratista realiza su oferta que no está sujeta a ajustes en función a la información proporcionada por el propietario de la obra.
- b. El deber de información adquiere sustancial importancia, dado que, ante lo entregado por el propietario, es que el contratista realizará su oferta.

7. RIESGOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE OBRA⁴¹

Contar con una estrategia adecuada para afrontar los riesgos de un contrato de construcción conlleva mínimamente a implementar el siguiente procedimiento:

7.1. *Identificación, asignación y mitigación de riesgos*

a) *Identificación*

El riesgo de construcción, de forma genérica, se relaciona con todos los eventos que generan sobrecostos y/o sobreplazos durante el período de construcción, los cuales pueden tener diversas causas u orígenes, puesto que abarca desde aspectos técnicos, financieros, ambientales, macroeconómicos, regulatorios hasta las decisiones adoptadas por las partes.

En consecuencia, la identificación de riesgos dependerá exclusivamente que los contratantes conozcan todos los factores que pueden suscitarse al momento de la ejecución.

40 SOLOGUREN CALMET, Hugo. *La desnaturalización de los contratos a suma alzada en la Ley de Contrataciones del Estado en el caso de obras*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 94.

41 Respecto a riesgos en las APP y con mayor detalle, ver: PASTOR KOLMAKOVA, Galia. «La asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público-privadas como medida eficiente para evitar los sobrecostos en la ejecución contractual». Tesis para optar el título profesional de abogada. Lima: Universidad San Martín de Porres, 2019. En: <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/4663/1/pastor_kg.pdf>.

b) Asignación del riesgo

Inicialmente, la asignación del riesgo y sus consecuencias estará a cargo de la parte que pueda gestionarlo de manera más óptima para el proyecto; por ejemplo, la asignación del riesgo constructivo debería ser asumida por el contratista, pues posee mayor experiencia en el planeamiento y la ejecución de las obras de infraestructura y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión.

No obstante, en la estructuración deberán evaluarse las excepciones a esta asignación, vinculadas, principalmente, a sobrecostos o sobreplazos derivados de determinados eventos de riesgo, como el riesgo de expropiaciones, el riesgo arqueológico o los eventos de fuerza mayor no asegurable, entre otros.

c) Mecanismos de mitigación

El mecanismo más habitual para mitigar el riesgo de construcción, al menos, para el propietario de la obra (sobrecostos y sobreplazos) es la firma de un contrato de construcción a precio y plazo cerrado; además de la constitución de un paquete de seguros, con coberturas de construcción y/u operación, según el caso.

Para la gestión de este riesgo, debe existir una adecuada supervisión (tanto en el aspecto presupuestal como en el de ingeniería) y velar por el cumplimiento de los estudios técnicos (Estudios Definitivos de Infraestructura, Estudios de Impacto Ambiental, entre otros) aprobados por la autoridad competente.

7.2. Principales riesgos en la etapa de ejecución contractual⁴²

Si bien parte de la doctrina señala que los riesgos pueden clasificarse en tres grandes grupos, según el período en el que pueden materializarse: riesgos precontractuales, riesgos de la etapa contractual hasta la finalización de la obra, entrega y recepción por el comitente y riesgos de la etapa contractual posteriores a la entrega.

Los dos últimos grupos de riesgos pueden y deben ser considerados en el contrato. Sin perjuicio de ello, a nuestro juicio, éstos son los riesgos más resaltantes:

a) Riesgo de diseño

Como se ha mencionado, los contratos de obra requieren, sin duda, de la máxima diligencia posible en sus diferentes fases; pero, principalmente, en la fase de elaboración del proyecto, anteproyecto o estudio definitivo de ingeniería, puesto que un adecuado diseño permitirá ejecutar –dentro de parámetros normales– el proyecto.

Si bien un diseño deficiente, dependiendo de la modalidad de contratación PC, EPC, etc., se suele elaborar en una etapa precontractual, sus efectos y consecuencias, se advierten durante la ejecución de la obra. En este sentido, estaremos frente a un riesgo de este tipo, cuando se presenten errores o deficiencias del diseño y/o ingeniería

42 PODETTI, Humberto. *Ob. cit.*

del proyecto (expediente técnico o alguno de sus componentes) que inciden de manera negativa en el costo o calidad de la infraestructura, así como en su tiempo de ejecución.

A efectos de mitigar este tipo de riesgos, es oportuno que el diseño sea lo más detallado posible, razón por la cual, deberá evaluar factores que puedan incidir en la ejecución del proyecto como: el terreno, el subsuelo, si existen o no inmuebles a expropiar, si hay o no posibilidad de hallar restos arqueológicos, el método constructivo, los materiales, especificaciones técnicas, etc. Este riesgo suele ser el más contingente, pues su correcta identificación permite la identificación de otros riesgos.

En este escenario, nos preguntamos, ¿quién está en la obligación de asumir las consecuencias negativas de este riesgo? Al respecto, consideramos oportuno dejar constancia de que, a criterio nuestro, este riesgo deberá recaer sobre la parte que elaboró el diseño.

En otras palabras, si nos encontramos frente a un contrato de obra clásico; es decir, en el que el diseño se encontró a cargo del comitente, éste asumirá el riesgo y las consecuencias de su mal diseño.

Por el contrario, si la confección del diseño se encontraba a cargo del contratista; es decir, los estudios técnicos definitivos usados para la ejecución del proyecto fueron elaborados por éste, es justificable que se le impute las consecuencias negativas de las deficiencias encontradas en su diseño.

b) Riesgo de construcción

El riesgo de construcción es relacionado, generalmente, con todos los eventos que generan sobrecostos, prestaciones adicionales y ampliaciones de plazo durante el período de construcción, los cuales se pueden originar por diferentes causas, entre las que tenemos a causas técnicas, financieras, ambientales, económicas, regulatorias o por el propio acuerdo de las partes.⁴³

Nótese que estamos frente a un riesgo de naturaleza genérica, puesto que tiene diferentes orígenes.

Este tipo de riesgos, usualmente, obedecen a las variaciones de precios en la construcción (materiales, insumos, equipos, etc.), riesgos geológicos, ejecución de partidas no previstas, pero necesarias para alcanzar la finalidad de la obra, falta de liberación de los terrenos, falta de licencias, permisos y autorizaciones, retraso en expropiaciones, modificaciones solicitadas por el comitente, así como defectos en la ejecución de obras.⁴⁴

Debido a lo mencionado, este tipo de riesgos y sus consecuencias negativas deberán ser asumidos por la parte que los generó. ¿Y si el riesgo es generado por una causa exógena?

43 Resolución Ministerial n.º 167-2016-EF/15. Anexo: Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público-privadas, p. 4.

44 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La contratación estatal. Perú: Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 65.

En este supuesto, dependerá del acuerdo arribado por las partes en el contrato; sin perjuicio de ello, lo más recomendable será contratar un seguro por todo riesgo de construcción o comúnmente conocido como Póliza CAR por sus siglas en inglés.

c) Riesgos ambientales

El riesgo ambiental se deriva del incumplimiento de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como las medidas correctoras definidas en la aprobación de los estudios ambientales, las licencias, los planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, las obligaciones de mitigación, las tareas de monitoreo y control de pasivos ambientales, entre otros.⁴⁵ Entre sus consecuencias, puede producirse, además del daño, al medio ambiente, paralizaciones de la obra, sobrecostos, demoras, ejecución de penalidades, y hasta resolución del propio contrato.⁴⁶

En esa misma línea, es usual que este tipo de riesgo permanezca a cargo del comitente; sin perjuicio de ello, las partes, atendiendo a su posición para administrar este riesgo, pueden pactar en sentido diverso.

Cabe precisar, que este riesgo es de sumo cuidado puesto que independientemente de sus consecuencias patrimoniales, su mala administración puede generar consecuencias de naturaleza penal para los representantes legales del contratista y del comitente.

d) Riesgo geológico o geotécnico

Este riesgo está relacionado con las diferencias en las condiciones del medio o del proceso geológico sobre lo previsto en los estudios de ingeniería, que es traducido en mayores costos o en la ampliación del plazo de ejecución del proyecto.⁴⁷

La asignación de este riesgo dependerá del tipo de proyecto y de la disponibilidad de la información técnica. Dada la complejidad de este tipo de riesgo, puede ser asignado al comitente, al contratista, o ser compartido por ambos.

En caso de asignarle el riesgo al contratista, éste debería realizar sus propios estudios geológicos y de condiciones del suelo sobre el cual se llevará a cabo el proyecto. En este sentido, si durante el desarrollo del proyecto se comprueba sobrecostos, debido a que las condiciones geológicas son diferentes al del estudio realizado, no por causas exógenas, sino por un deficiente estudio de suelos, lo cual debería ser acreditado con una pericia, será el contratista quien asumirá el costo.

En sentido, contrario, si el diseño se encuentra a cargo del comitente, éste deberá realizar estudios detallados de las condiciones geológicas durante la fase de diseño con la finalidad de: (i) detectar los riesgos más relevantes; (ii) comparar los escenarios de

45 *Idem*, p. 74.

46 Resolución Ministerial n.º 167-2016-EF/15. *Ob. cit.*, p. 8.

47 Resolución Ministerial n.º 167-2016-EF/15. *Ob. cit.*, p. 6.

condiciones respecto a las compensaciones que podrá pedir el concesionario por sobre-costos; (iii) evaluar mecanismos para compartir riesgos.⁴⁸

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

La asignación de riesgos es un detalle elemental en los contratos de construcción, teniendo en cuenta su naturaleza compleja, que va desde la programación hasta la ejecución y posterior recepción; desestimar este aspecto se traduce en vulnerar los intereses propios de los contratantes, ya que supone una potencial alteración del equilibrio económico financiero del contrato.

Empero, el ordenamiento civil no cuenta con disposiciones específicas referidas a los riesgos que puedan advertirse en los contratos de construcción, a consecuencia de su carácter especial y a la propia orientación que el legislador buscó otorgarle a este dispositivo normativo –contrato de obra–.

En esa medida, el capítulo referido a obras es muy genérico y sus disposiciones no brindan soluciones sobre la materia.

Razón por la cual, a la fecha, la regulación de los riesgos se sostiene específicamente en el acuerdo de las partes, en su pericia para identificar, asignar y mitigar los riesgos. Debido a ello, la capacidad del personal involucrado en la formación del contrato y su experiencia específica previa, es determinante.

En esta medida, resultaría importante evaluar la conveniencia de efectuar una modificación legislativa, como ya existe en otras disciplinas vinculadas a los contratos públicos, que permita una adecuada práctica de esta materia, a fin de homologar sus parámetros, puesto que una adecuada gestión de los riesgos permitirá que ambas partes, tanto comitente como contratista, puedan ver satisfechos sus intereses. En cambio, una inadecuada gestión de éstos traerá como consecuencia sobre costos, ejecución de prestaciones adicionales y ampliaciones de plazo, entre otros, que, a la larga, pueden generar que la obra quede inconclusa, y con ello, se afecte los intereses legítimos de las partes contratantes.

48 PASTOR KOLMAKOVA, Galia. *La asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público privadas como medida eficiente para evitar los sobre costos en la ejecución contractual*. Ob. cit., p. 72. En <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/4663/1/pastor_kg.pdf>.

LOS BIENES Y SU NUEVA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1440 NUEVO RÉGIMEN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

*Emilio José Balarezo Reyes**

Sumario: 1. Introducción.– 2. Los bienes y su importancia dentro de los derechos.– 3. El Código Civil y la regulación de los bienes.– 4. Análisis de los cambios llevados a cabo por el Decreto Legislativo n.º 1400, Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria.– 5. Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual.– 6. Conclusiones.– 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Es necesario para toda persona inmersa dentro del ámbito del derecho, y de forma puntual –dentro de lo que atañe a los derechos reales– conocer en su real alcance la importancia, así como la trascendencia de los bienes. No escatimamos en decir que, sin el manejo jurídico adecuado de los mismos como la solvencia en el conocimiento de sus alcances, se podría decir que no tendría cómo desempeñarse de forma correcta en el ámbito del derecho civil patrimonial.

Existen múltiples definiciones respecto al contexto en el cual deben ser entendidos *los bienes*. Todas ellas responden al enfoque que se desea dar a los mismos dentro

* Magister en derecho civil y comercial por la Universidad de San Martín de Porres. Curso de especialización en contratos y daños por la Universidad de Salamanca, España. Miembro honorario del Colegio de Abogados de Ica y Ayacucho. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Catedrático de derecho civil en la Universidad de San Martín de Porres, Universidad Privada del Norte, Universidad San Juan Bautista y en la Universidad Científica del Sur.

de esta disciplina; es así que en ninguna le quitan, en lo más mínimo, el grado de importancia que éstos tienen como institución medular de esta parte inicial del estudio de los derechos reales.

Tal como lo hemos expresado, ya sea en clase como en las múltiples actividades a las que hemos sido invitados, el curso de derechos reales se divide en cuatro grandes áreas temáticas:

1. La teoría general de los derechos reales;
2. La posesión;
3. La propiedad;
4. Las garantías reales.

Nuestro eje temático se ubicará en la primera de las cuatro áreas antes señaladas, pues su ubicación, como el dominio de los bienes y la manera en que es regulada por el ordenamiento peruano desde la perspectiva del Código Civil de 1984, permite tener un manejo general del tema.

Es así que el tema de los bienes se encuentra en la sección segunda del Libro Quinto del Código sustantivo peruano.

Esta parte de nuestro Código no ha sido ajena a múltiples cambios y modificaciones, producto –sobre todo– del paso del tiempo, como también de la influencia de la economía en el manejo y la óptica que se le otorga a los bienes; es decir, recae sobre ellos una dualidad tanto patrimonial como jurídica, de allí la importancia de su correcto tratamiento.

El primero, es decir, el paso del tiempo, nos hace ver que la forma en que fueron estudiados hace más de treinta años, hace necesaria una adecuada reflexión. Prueba de su relevancia y tratamiento, es que en los tres Códigos, el de 1852, 1936 y el actual de 1984 que ha tenido el Perú, no se le ha dejado de colocar en una parte inicial del tratamiento temático, así como también su estudio es ineludible e importante.

Inicialmente, un cambio provino de la Ley de Garantía Mobiliaria que fue publicada el 1 de marzo de 2006, y entró en vigencia desde el 30 de mayo de ese año, cuando en la sexta disposición final de dicha norma, manifestaba que quedaban derogados los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885 del Código Civil. Estos incisos hacían referencia a las naves y aeronaves; los pontones, plataformas y edificios flotantes y las estaciones o vías de ferrocarriles, así como el material rodante, respectivamente.

Como señalaremos más adelante, se ordenó de forma coherente el tema de los bienes de acuerdo a la naturaleza de los mismos, situación que no tuvo mucho tiempo de vigencia, debido a que esta parte del Código nuevamente sufrió modificaciones.

Con fecha 10 de septiembre de 2018, apareció publicado en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto Legislativo n.º 1400. Éste aprobaba el Régimen de la Garantía Mobiliaria, el mismo que en sus disposiciones complementarias modificatorias, tanto en la primera como en la segunda, modificaba el Código Civil en sus artículos 885 y 886. De esta manera, se incorporaba el inciso 4, otorgándole la categoría de bienes inmuebles a las naves y aeronaves.

En el primero de los casos y modificando el segundo, en el inciso 6, referido a los derechos patrimoniales de autor. La amplitud del alcance de las garantías mobiliarias es claramente descrita por el doctor Castillo,¹ cuando manifiesta lo siguiente:

[...] la garantía mobiliaria a que se refiere la presente ley puede constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria, sean presentes o futuros, corporales o incorporeales.

Es así que se hace necesario un replanteamiento sobre los resultados de la nueva colocación, como el estudio de los bienes dentro del Código Civil, que según hemos insistido en líneas anteriores, se constituye en puntos neurálgicos de estudio de los derechos reales.

2. LOS BIENES Y SU IMPORTANCIA DENTRO DE LOS DERECHOS REALES

No pecamos en señalar que, sin los bienes no existirían los derechos reales, y manifestamos la base de esta afirmación en que los mismos se constituyen en el eje de la regulación de esta materia, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también económico.

Es desde este último punto de vista donde debe destacarse que el enfoque es sumamente interesante, debido a que los bienes circulan; es decir, son constantemente intercambiados, están en constante movimiento dentro de una determinada sociedad, con la finalidad de satisfacer necesidades, entendiendo por esta última, aquella carencia que se puede presentar, ya sea individual como colectivamente, y que dentro de sus posibilidades, el hombre trata de obtener los recursos necesarios para poder satisfacer las necesidades que tiene.

Como lo señala el profesor Avendaño:² «Los bienes son el objeto de los derechos reales. Bien es toda entidad material o inmaterial, que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas».

La regulación de los mismos no es un tema nuevo dentro del ámbito jurídico nacional como internacional, pues encontramos, al igual que en la regulación que adoptaba el derecho romano, los primeros criterios aplicables a los mismos con el objetivo de encontrar una respuesta al tratamiento jurídico que se quiere otorgar a los mismos.

Por otra parte, ya en el Código de Napoleón encontramos que una de las bases sobre la cual se constituye el derecho civil patrimonial, es justamente la propiedad, tomándose como referencia ineludible a los bienes. En ellos descansa el entendimiento de la propiedad como factor de acumulación de patrimonio, criterio que con el tiempo

1 CASTILLO FREYRE, Mario. *Análisis de la ley de la garantía mobiliaria*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 50.

2 AVENDAÑO ARANA, Francisco. «La clasificación de los bienes». En *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, tomo II, p. 686.

ha ido variando producto de los diferentes puntos de vista que se han dado respecto a los bienes y a su repercusión jurídica y social.

Nuestra posición respecto a la regulación de los derechos reales en el Código, es la siguiente:³

El Código Civil de 1984 dentro de la temática de los derechos reales, siempre ha estado impregnado por una profunda tradición romanística, lo cual ha sido motivo de innumerables críticas, debido a que para un sector de la comunidad jurídica es uno de los principales obstáculos para su modernidad, no siendo el tema de los bienes ajeno a esta situación.

3. EL CÓDIGO CIVIL Y LA REGULACIÓN DE LOS BIENES

Como lo hemos indicado, la temática referida a los bienes, se encuentra en la sección segunda del Libro V del Código Civil peruano de 1984.

De un primer acercamiento, se puede apreciar que no existe una definición por parte del Código, respecto a estos elementos trascendentes como son los bienes, por lo que se tiene que recurrir a la doctrina para tratar de esbozar una definición respecto a los mismos.

Por nuestra parte, expresaremos que los bienes son aquellos elementos inherentes y propios de los derechos reales sobre los cuales recaen y emergen actos como disposiciones de tipo jurídico.

Respecto a este tema, el profesor Avendaño⁴ indica lo siguiente: «Los bienes son distintos unos de otros y su diferente naturaleza determina que éstos se encuentren sujetos en ciertas ocasiones a un régimen legal distinto. Por esto es necesario estudiar la noción y clasificación de los bienes».

El Código se limita únicamente a relatar a través de dos artículos lo referido a los bienes que se encuentran desarrollados a través de incisos, siguiendo la clasificación de los mismos en base al criterio de la movilidad.

Se sigue el criterio de bienes muebles y bienes inmuebles, un criterio por demás cuestionable en estos tiempos, debido a que, con el progreso del mundo y avances tecnológicos obtenidos con el paso del tiempo, se ha podido apreciar que esta clasificación se encuentra descontinuada. Esto debido a que responde a la materialidad como factor o criterio principal de organización dentro de la influencia romanística que ha marcado de manera considerable diferentes ámbitos temáticos de nuestro Código.

Sin embargo, creemos que esta situación responde a dos criterios sustanciales: en la época en que fue dado el Código Civil, que es el año de 1984, no se producían los avances que presenciamos en la actualidad; y, a su vez, todo el proceso de elaboración,

3 BALAREZO, Emilio. «La siempre controversial situación de la trasferencia de bienes muebles». En *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2016, tomo 1, p. 240.

4 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge *Derechos reales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 21.

así como el debate y polémica desarrollados, resultaría en lo que es hoy dicho cuerpo normativo.

El Libro V y las instituciones que lo forman, estaban influenciados por la tradición netamente romanista. Es relevante la opinión del profesor Gonzales⁵ cuando acota:

Esta clasificación surgió en el derecho romano y fue paulatinamente adquiriendo notoria relevancia hasta hoy, que es una de las más importantes. La normatividad en la regulación de los inmuebles y muebles es vasta, por su propia naturaleza y por el papel que juega en lo social y económico.

Otro factor que ha contribuido a que se mantenga la actual clasificación, es que, existiendo la disposición de aplicar otro criterio en base a la participación de los Registros Públicos, con la finalidad de dinamizar el intercambio de los mismos, al igual que otorgar la seguridad jurídica respectiva, es que, al momento de llevar a cabo la elaboración del actual Código Civil, no existía la logística ni las herramientas necesarias para poder poner en práctica el citado criterio.

Para nadie es un secreto que en las tres últimas décadas, gracias a las partidas como a los avances tecnológicos, los servicios que se brindan a través de Registros Públicos, permiten tener más amplitud la gama de servicios, así como el alcance de su rol dentro del comercio y la seguridad jurídica.

Es así que ahora podemos decir que los Registros Públicos contribuyen a clasificar los bienes en «registrables» y «no registrables»; algo que, para el escenario de los bienes muebles en materia de garantías, ha otorgado el Decreto Legislativo n.º 1440.

Es así que, con el paso del tiempo, al igual que con el uso de los nuevos criterios, tendremos la posibilidad de poner en práctica nuevos recursos. El doctor Avendaño⁶ indica acertadamente la razón que justifica la clasificación de los bienes:

La razón es simple: la clasificación condiciona la transferencia de la propiedad de los bienes, la constitución de los derechos reales de garantía, la prueba de la propiedad y hasta la naturaleza misma de los derechos que recaen sobre dichos bienes.

A continuación, realizaremos unas breves reflexiones sobre los bienes y su ubicación dentro del Código, así que analizaremos los artículos 885 y 886 del Código Civil y sus respectivos incisos, antes de las modificaciones llevadas a cabo por el Decreto Legislativo n.º 1400, Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria, que entró en vigencia en septiembre del año pasado.

Además, con ejemplos trataremos de acercar cada uno de ellos a la realidad del lector para una mejor comprensión de los mismos:

5 GONZALES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 109.

6 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Las modificaciones al Libro de los Derechos Reales». En *Reforma del Código Civil peruano*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 199.

3.1. Bienes inmuebles

Se encuentra regulado en el artículo 885 del Código Civil. Analizaremos cómo estaban organizados y distribuidos los incisos antes de la última modificación respecto de los mismos.

Originalmente eran once incisos, pero eso ha variado, luego de las múltiples derogaciones realizadas y antes de la modificación llevada a cabo por el nuevo régimen de la garantía mobiliaria de septiembre del 2018.

3.1.1. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo

Por su propia naturaleza, estos elementos son considerados como bienes inmuebles debido a que responden a una manera de dividir la corteza terrestre y lo que lo cubre. Es decir, está organizado por niveles, los cuales tienen un tratamiento jurídico independiente. Por un lado, la corteza terrestre nos expresa la regulación de la parte exterior, luego lo que se encuentra por debajo del mismo, que será examinado con mayor detenimiento en el inciso tercero cuando se desarrolle el ámbito de estudio en torno a la explotación minera.

Lo que podemos expresar es que cada nivel tiene particularidades y, a su vez, puede tener un alcance totalmente distinto. Es así el caso del sobresuelo, el cual se ve directamente vinculado cuando regulamos jurídicamente los denominados «aires» o tratamos de entender hasta dónde está permitido el provecho jurídico del mismo.

Respecto al término «aires», es interesante señalar lo que plantea el doctor Vásquez,⁷ quien señala lo siguiente: «Nos referimos, en primer lugar, a los aires hasta donde los adelantos de la ciencia y técnica permitan al hombre hacerlos utilizables, adueñables y ocasionalmente objeto de derechos reales como el de propiedad, servidumbre, etc.».

3.1.2. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales

Este inciso concentra su estudio en el elemento líquido como factor principal, al cual se le puede otorgar la categoría de bien y las formas en las que se puede encontrar dentro de la realidad de la tierra.

En primer lugar, definir el mar es una empresa de por sí interesante, que ha tenido diferentes alcances respecto a su análisis.

Nosotros, de manera sucinta, expresaremos que son grandes acumulaciones de agua que se encuentran dentro del planeta en grandes extensiones.

Por su parte, los ríos son los conductos por los cuales va el agua, producto de las lluvias, así como de los deshielos de los nevados, en los que se encuentra su origen. La mayoría de ellos tiene su origen en los nevados y todos desembocan en el mar.

7 VÁSQUEZ, Alberto. *Los derechos reales. Los bienes-la posesión*. Lima: Editorial San Marcos, 2002, p. 60.

Los manantiales son lugares; espacios en los cuales emana el agua de forma natural y éstos pueden ser constantes como esporádicos.

Por su parte, las corrientes de agua responden a la rotación que se da sobre la tierra lo que lleva a que las aguas del mar se dirijan en determinado sentido.

Por último, se hace referencia a las aguas vivas y estanciales, lo que podemos deducir de la redacción es su continuidad; es decir, se encuentran permanentemente en un determinado lugar. En cambio, en otras oportunidades sólo está por temporadas.

3.1.3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos

El estudio de estas tres figuras está eminentemente ligado a la actividad minera. Desde un punto de vista legal, pueden convertirse en los elementos sobre los que, efectivamente, la misma recae.

En primer lugar, las minas son lugares que se encuentran en el interior de la corteza terrestre. En ésta, como consecuencia de los estudios topográficos, se han encontrado recursos que son motivo de explotación.

Por su parte, las canteras son yacimientos vírgenes que todavía no han sido motivo de explotación, pero que se tiene en ese lugar la certeza de la existencia de riqueza para ser explotada.

Por último, se hace referencia a los depósitos de hidrocarburos; es decir, a lo que se hace referencia, es a aquellos lugares en donde se encuentran ubicados aquellos elementos que reciben la categoría de «hidrocarburos», como son, por ejemplo, el petróleo que se encuentra en el norte del Perú, en la zona de Talara como en las plataformas instaladas para el aprovechamiento de estos recursos dentro del mar.

Respecto al término «cantera» y «depósitos de hidrocarburos», el profesor Avendaño⁸ señala lo siguiente:

[...] las canteras son los lugares de donde se saca piedra, greda u otro material análogo, son el conjunto de las producciones de los minerales de naturaleza pétrea o terrosa y, en general, todas las que sirven para materiales de construcción y ornato. Los depósitos de hidrocarburos son yacimientos o fuentes en los que se pueden encontrar o explotar diversas clases de hidrocarburos.

3.1.4. Derogado

3.1.5. Los diques y muelles

Estas dos figuras nos hacen referencia a construcciones de una naturaleza firme que se dan, en primer lugar, en el caso de los diques, con la finalidad de llevar a cabo una barrera de protección; es decir, una especie de contención respecto de la cantidad

8 AVENDAÑO VALDEZ, Francisco. «Comentarios al artículo 885 del Código Civil». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2007, p. 36.

de agua que es acumulada, como es el caso de una represa, por ejemplo, o un río, cuando se ha desarrollado sobre él una crecida de forma peligrosa que pueda desencadenar consecuencias negativas, tales como inundaciones.

Respecto a los muelles, pues son construcciones que se dan en los puertos y que se caracterizan por adentrarse dentro del mar. Por su posición firme, permite que las embarcaciones se estacionen respecto de las mismas, y así puedan permanecer estables y llevar a cabo sus actividades.

3.1.6. Derogado

3.1.7. Las concesiones para explotar servicios públicos

Debemos comenzar señalando que una concesión es un término ligado al ámbito netamente administrativo, pero que dentro del contexto de la temática que es materia de análisis, podemos expresar que se hace referencia a los permisos que entrega el Estado.

Es así que, luego de un proceso de convocatoria de forma pública, lleva a cabo la elección, después de la evaluación de las propuestas remitidas.

En el presente inciso se le da la categoría de bien inmueble al permiso que se otorga a entidades, empresas nacionales o extranjeras que, luego de cumplir con los requisitos respectivos, van a gestionar la explotación de los servicios públicos que son de utilidad y desarrollo para la sociedad, como, por ejemplo, el servicio de luz, agua, transporte, etc.

En el caso peruano, el tema de las carreteras ha sido concesionado, por esa razón, pagamos un determinado monto por concepto de «peaje», al igual que el tema del servicio concerniente a la luz eléctrica.

Como bien indica el profesor Arias-Schreiber,⁹ esta situación se da en las siguientes circunstancias:

Nos encontramos aquí con un típico caso de bienes inmuebles por determinación de la ley. Las concesiones para explotar servicios públicos generan una serie de derechos y facultades a favor de los concesionarios y se les ha concedido carácter inmobiliario para gozar así de las garantías de esta propiedad, cuyos atributos son más sólidos que los que se presentan en la propiedad mobiliaria.

3.1.8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares

El presente inciso nos hace referencia a los permisos obtenidos por empresas o entidades particulares para la explotación de los recursos de carácter minero. Aquí va a tener un rol relevante el Ministerio de Energía y Minas para poder otorgar estos permisos, los cuales son entregados previa convocatoria, así como la evaluación de las

9 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2001, p. 73.

propuestas. Podemos citar como ejemplo la explotación del cobre en el sur por empresarios chinos, o la explotación del gas por empresas brasileñas.

3.1.9. Derogado

3.1.10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro

Para el análisis del presente inciso es necesario señalar la relevancia que tiene el registro como elemento que otorga publicidad, así como seguridad jurídica.

Dentro del mismo existe un registro de bienes inmuebles, sobre los cuales, siguiendo los procedimientos respectivos, se puede llevar a cabo la inscripción, que no es otra cosa que la anotación de respectivos actos jurídicos válidos sobre los bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, usufructo, contrato de arrendamiento, etc. De esta manera, a dichos actos se les da el respectivo reconocimiento jurídico, teniendo como respaldo su presencia dentro del registro.

3.1.11. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad

Uno de los temas interesantes que se pueden apreciar en el presente inciso, es el que se constituye en la figura del *numerus clausus*; es decir, el número cerrado indicando que únicamente tendrán la categoría de bienes inmuebles los que la ley —en este caso, el ordenamiento— le otorgue esa respectiva categoría.

Es así que, si su composición física no se condice, por tanto, no les corresponde brindarle las características de bien inmueble. Por otro lado, por múltiples motivos, es decir, factores económicos y patrimoniales, así como de seguridad jurídica, se les considera inmuebles a los bienes con fines netamente jurídicos de viabilidad.

3.2. Bienes muebles

Los bienes muebles están regulados en el artículo 886. Tal como lo manifestamos en el inciso anterior, analizaremos los incisos del citado artículo antes de las modificaciones impuestas por el Decreto Legislativo n.º 1400.

3.2.1. Los vehículos terrestres de cualquier clase

Los incisos en los cuales el Código regula lo concerniente a los bienes muebles, parten de una generalidad; es decir, nos indican que todo aquel medio de transporte que vaya ligado a la tierra, tiene la categoría de *vehículo terrestre*, pudiendo englobar dentro del mismo, los carros, mototaxis, motocicletas, etc. Esta generalización tiene su fundamento en la inclusión del medio que usa el suelo como medio de desplazamiento, lo cual se concretiza a través del uso de carreteras, caminos, donde prime el uso del suelo.

3.2.2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación

Esta categoría desarrollada en el presente inciso nos habla de forma puntual de que la naturaleza, en sus diferentes manifestaciones puede ser aprovechada de forma tal

que sea útil para el hombre. Como ejemplo podemos citar el aire, con la fuerza eólica; así como la fuerza del agua, que vemos reflejada en las caídas de agua con las cuales se genera energía eléctrica al caer de grandes alturas, pues lleva a cabo el movimiento de los motores que producen la electricidad.

Finalmente, la naturaleza y su categorización como bien mueble va de la mano con la utilidad que ésta tiene para el hombre, de forma particular, y para la sociedad, de forma general.

3.2.3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal

El inciso materia de examinación exterioriza un mensaje respecto a la temporalidad que tienen las construcciones de duración efímera y que tienen como característica principal que el terreno, suelo, lugar donde se llevan a cabo, no pertenecen al titular de la construcción. Por ejemplo, los puestos de venta de una feria que se ha establecido en la explanada de un determinado coliseo por una determinada campaña, ya sea por inicio de clases escolares, día de la madre, fiestas patrias, navidad, etc.

Dos puntos que son relevantes y que enmarcan la razón de ser del inciso, es que las construcciones, edificaciones no son permanentes; tienen un tiempo limitado de duración. Reiteramos, el material de los mismos debe permitir la movilidad de los mismos; su traslado, su desinstalación, por último, el lugar donde éstos se ubiquen, no debe ser de propiedad de la persona que lleva a cabo la edificación o construcción efímera.

3.2.4. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo

Debemos destacar de forma precisa, que el inciso versa sobre la condición en que se encuentran los materiales de construcción o los materiales que resulten de la demolición.

Ambas categorías, de acuerdo a lo estipulado por el ámbito jurídico, tienen la categoría de bienes muebles, solicitan, efectivamente, que no estén ligados; es decir, «fijos» al suelo, lo cual no permitiría su movilidad como producto de su separación. Ejemplo de ello sería que, al momento de llevar a cabo la demolición, como acto de destrucción de una determinada edificación o construcción, se van a desprender determinados bienes, como, por ejemplo, ladrillos, tuberías, tejas, calaminas, etc., que pueden ser susceptibles de volver a ser utilizados.

3.2.5. Los títulos-valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales

El ámbito de los títulos valores, pertenece al ámbito del derecho cambiario o también denominado «derecho cartular». La razón de ser del inciso, se sostiene en los elementos sobre los cuales, por su circulación dentro del mercado, representan dinero; es decir, permiten el intercambio patrimonial.

Es así que, siendo los títulos-valores objeto de análisis del presente punto, señalamos que estos se caracterizan por su constante movimiento, en base al intercambio del cual son susceptibles y por los cuales sus titulares o apoderados pueden, a su vez, adquirir compromisos como responsabilidades de pago futuro.

Por lo anterior, los títulos-valores deben ser honrados en el futuro y no inmediatamente. Respecto a los derechos personales los mismos deben de entenderse como facultades de exigencia patrimonial sobre los deudores que se han comprometido con los mismos. Al respecto, el profesor Castillo¹⁰ expresa lo siguiente:

Podemos señalar que cuando se lee y escucha que los derechos reales le otorgan a su titular el poder de persecutoriedad, debemos entender que dicho poder sólo se explica porque el objeto de los derechos reales siempre es un bien... así la garantía mobiliaria sobre bienes muebles corpóreos sería, efectivamente, un derecho real.

3.2.6. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares

El presente inciso será materia de análisis cuando llevemos a cabo las modificaciones que se han dado sobre el mismo, así como consecuencia de la dación del Decreto Legislativo n.º 1400, Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria.

3.2.7. Las rentas o pensiones de cualquier clase

Los conceptos que se encuentran en el presente precepto materia de análisis, nos hacen referencia a dos conceptos sumamente cambiantes en lo referido a lo periódico de su dación, como a su expresión monetaria que se dará sobre los mismos.

Existen muchas definiciones en torno a la renta, el concepto eminentemente civil va ligado a las ganancias periódicas que se van a obtener como resultado del provecho económico que se obtendrá como resultado del alquiler, colocación patrimonial de algún bien o préstamo de carácter provechoso que se obtenga del mismo.

Respecto a la pensión, pues su definición no es uniforme en lo que respecta a su concepto, somos de la posición de señalarlo como todo ingreso que, de forma periódica, tiene una determinada persona como resultado de los aportes que ha dado periódicamente durante su vida laboral útil ya sea dentro del Sistema Privado de Pensiones (AFP) o a través de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Es oportuno señalar lo que manifiesta el profesor Ramírez¹¹ al respecto: «Sintetizando: las rentas y pensiones se reducen, en último análisis, a sumas de dinero, que son obviamente muebles».

10 CASTILLO FREYRE, Mario. *Las garantías sobre bienes muebles*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 77.

11 RAMÍREZ, Eugenio. *Tratado de derechos reales*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2017, tomo I, p. 199.

3.2.8. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles

El presente inciso desarrolla dos figuras puntuales que deben ser materia de análisis, tales como son las acciones y participaciones, las cuales se corresponden respecto a las entidades de donde provienen, como son las sociedades o las asociaciones.

La definición, así como el estudio del término «acción», proviene del ámbito del derecho societario, el cual la define a grandes rasgos como aquella parte alícuota del capital del cual forma parte la sociedad.

La misma puede incrementarse, como también puede ser materia de negociación e intercambio, por lo que su movilidad es constante.

A su vez, también se toca el tema de las asociaciones, que se encuentra dentro de las personas jurídicas sin fines de lucro.

De igual manera, también son materia de estudio las participaciones que van de la mano con los aportes patrimoniales; su vigencia, duración, así como su recorte dentro de la búsqueda de la estabilidad patrimonial de la asociación, asegurándose desde su conformación; es decir, desde su inicio, en la búsqueda de su continuidad.

Al respecto, el profesor Ramírez,¹² acertadamente indica lo siguiente: «Tanto las acciones de las sociedades mercantiles como las participaciones o cuotas de las asociaciones, tienen carácter mobiliario. La acción es un título-valor, un documento representativo de una porción de capital».

3.2.9. Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro

Aquí, para entender en su total cabalidad el presente inciso noveno, materia medular de estudio, se debe analizar su eje temático, sobre el cual versa el inciso. Es decir, la característica o cualidad que tienen los bienes de poder ser desplazados, movidos, etc. de un lugar a otro. Aquí hay que destacar las características de la propia naturaleza del bien; la que permita su desplazamiento y su traslado. De esto se desprende que no existe impedimento para ello; es decir, encierra en su propia naturaleza el bien, la movilidad y no existe obstáculo para que pueda concretizarse por parte de los titulares de los bienes que se caracterizan por ser susceptibles de ser movilizados.

3.2.10. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885

En este último inciso, lo que debemos destacar es que el mismo está regulado bajo la óptica del libro abierto o *numerus apertus*, y se sostiene en la aplicación de un análisis en sentido contrario o como se denomina *contrario sensus*.

Decimos esto porque de la reducida redacción que se tiene, se desprende que la salida generalizada se sostiene en que todo aquello que no es inmueble es mueble y encierra, sobre todo, un sentido práctico, ya que acoge una simplicidad en la aplicación de los mismos, los que no están dentro de la categoría de bienes inmuebles, son muebles.

12 RAMÍREZ, Eugenio. *La garantía mobiliaria*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 126.

Por tanto, se acrecienta el abanico de posibilidades sobre ser considerado como bien mueble, siguiendo el filtro de colocar los bienes en la categoría de bienes inmuebles, y por descarte, los que no encajen dentro de éstos, serán considerados como bienes muebles.

4. ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS LLEVADOS A CABO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1400, NUEVO RÉGIMEN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Como lo hemos señalado en líneas anteriores a lo largo del presente artículo, el manejo de los artículos que, dentro del Código Civil regulan el tema de los bienes, desde la dación de este cuerpo normativo, ha pasado por múltiples cambios, ya sean modificaciones o derogaciones que sólo denotan las necesarias adecuaciones, tanto a la modernidad como también a las exigencias económicas del mercado.

A continuación, procederemos a realizar un análisis exegético de los dos cambios que se han presentado con la dación del Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria, el mismo se encuentra en la parte del Decreto Legislativo n.º 1400, referido a las disposiciones complementarias modificatorias.

Primera. Incorporación del inciso 4 del artículo 885 del Código Civil

Incorporase el inciso 4 del artículo 885 del Código Civil, el cual queda redactado conforme al siguiente texto:

Artículo 885.- Bienes inmuebles

Son inmuebles:

[...]

4.

Las naves y embarcaciones.

[...].

Nuevamente, encontramos estos dos elementos conceptualizados como naves y aeronaves, a los cuales se les otorga la categoría de bienes inmuebles.

Aun tomando en cuenta que su propia naturaleza es la movilidad, esta situación no es nueva. Con anterioridad, en la regulación que se daba a los bienes, de forma primigenia, en la redacción del Código Civil, al momento de su dación, se justificaba por la teoría de la ficción, debido a la importancia económica que tenían las naves y aeronaves.

Definitivamente, esta organización, con la incorporación de este inciso, trae un síntoma de contradicción a la naturaleza propia de los bienes, pero lo que ha primado nuevamente es el factor económico.

Si el Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria no los considera como bienes muebles, nos indica que en el manejo patrimonial de su uso, es más conveniente tratarlos como bienes inmuebles.

Es decir, sobre ellos, en caso queramos utilizarlos para una garantía, a éstos se les deberá aplicar las reglas de la hipoteca. Éstas son más conocidas y cercanas a la población, algo que no se veía reflejado en la anterior ley de garantía mobiliaria, lo que, posteriormente, llevó a su derogación.

Así, el profesor Avendaño,¹³ criticando esta posición, señala:

El derecho peruano clasifica hoy los bienes respondiendo a las garantías que pueden o deben constituirse sobre ellos, pero lo hace de manera errática. Se entiende que los buques, los aviones y los trenes sean inmuebles para que puedan ser objeto de hipoteca.

Segunda. Modificación del inciso 6 del artículo 886 del Código Civil

Modifícase el inciso 6 del artículo 886 del Código Civil, el cual queda redactado conforme al siguiente texto:

Artículo 886.- Bienes muebles

Son muebles:

[...].

5. LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR, DERECHOS DE PATENTE, NOMBRES COMERCIALES, MARCAS Y OTROS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Este segundo cambio va de la mano con la modificación que se da al inciso sexto, el mismo que manifiesta que lo que se ha agregado, es la parte correspondiente al «nombre comercial», respetando las demás figuras que formaban originalmente la redacción del presente inciso, los cuales, como el que es materia de análisis, está ligado a la capacidad intelectual que tiene el ser humano para la creación.

Esto último está regulado en los Decretos Legislativos n.º 822 y 823, y existen respecto al «nombre comercial», múltiples definiciones.

Por nuestra parte, nosotros la entendemos como aquella denominación que se le otorga a una determinada entidad que se dedica a una actividad dentro del ámbito del comercio, las que, con la finalidad de ser identificadas y diferenciadas en el mercado, buscan de esa manera, individualizarse, como también ser ubicadas de forma directa por sus clientes y la población en general.

6. CONCLUSIONES

El tema de los bienes como la forma de ser entendidos económica como jurídicamente ha sufrido dentro del Código Civil múltiples cambios y derogaciones producto de otorgarle a los mismos una utilidad y acercamiento mayor para su uso como utilidad por parte de la población.

13 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La clasificación de los bienes y transferencia de propiedad». En *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 173.

Los bienes muebles e inmuebles constituyen la base de la aplicación de los derechos reales; su entendimiento, así como su comprensión, constituyen la columna vertebral de esta materia, la cual exige un profundo conocimiento para poder tener solvencia en su aplicación.

La incorporación de los cambios como las modificaciones que se han dado con la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1400, Nuevo Régimen de la Garantía Mobiliaria, responden, por un lado, a un factor de tipo económico; y, por otro, al necesario reconocimiento de la denominación comercial que tienen las empresas dentro del mercado para su posicionamiento dentro del mismo.

Se hace necesario en una futura reforma del Código Civil, un replanteamiento en lo que respecta a la clasificación de los bienes que reflejen el papel actual que a la fecha cumplen. Ésta no puede estar limitada a la naturaleza de los bienes respecto a su movilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2001.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Las modificaciones la Libro de los Derechos Reales». En *Reforma del Código Civil peruano*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La clasificación de los bienes y transferencia de propiedad». En *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Ciencias Aplicadas, 2001.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco. «La clasificación de los bienes». En *Libro homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, tomo II.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco, Comentarios al Artículo 885 del Código Civil en *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2007.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos reales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- BALAREZO, Emilio. «La siempre controversial situación de la trasferencia de bienes muebles». En *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2016, tomo I.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Análisis de la ley de la garantía mobiliaria*. Lima: Palestra Editores, 2006.
- CASTILLO FREYRE, Mario, *Las garantías sobre bienes muebles*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2015.
- GONZALES, Nerio. *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- RAMÍREZ, Eugenio. *La garantía mobiliaria*. Lima: Jurista Editores, 2009.

RAMÍREZ, Eugenio. *Tratado de derechos reales*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2017, tomo I.

VÁSQUEZ, Alberto. Los derechos reales. Los bienes-La posesión. Lima: Editorial San Marcos, 2002.

APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO PERUANO

*Jhoel Chipana Catalán**

Sumario: 1. Las cláusulas abusivas en el Código Civil.– 2. Las cláusulas abusivas en el Código del Consumidor.– 3. Comentarios finales.

En el Perú, las cláusulas abusivas (también denominadas cláusulas vejatorias) tienen una regulación que, con el paso de los años, ha pasado de ser genérica a específica.

En efecto, el Código Civil peruano, vigente desde el año 1984, hace referencia a algunas cláusulas de este tipo y las prohíbe, dado que su contenido permitiría el abuso de una de las partes de la relación contractual. Así, dicho cuerpo normativo castiga con la invalidez, el que dichas cláusulas sean incluidas en determinados contratos. Sin embargo, en el año 2010 entró en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor, contenido en la Ley n.º 29571 (en adelante, el Código del Consumidor), el mismo que otorgó una regulación específica y detallada de este tipo de cláusulas y llevó el análisis de esta problemática al ámbito administrativo.

En este trabajo vamos a desarrollar el contenido de la regulación que ambos cuerpos legales realizan de esta figura, pues –como veremos– existen algunos aspectos que no están del todo claros.

1. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil establece en su artículo 1398, lo siguiente:

Artículo 1398.- «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las

* Jhoel Chipana Catalán es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor en la Universidad de San Martín de Porres, abogado consultor especializado en derecho civil, contrataciones con el Estado, derecho comercial y arbitraje. También se desempeña como árbitro. j.chipana@pucp.pe.

estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.¹

Es importante tener en cuenta que la citada norma regula lo que cierto sector de la doctrina denomina como cláusulas vejatorias o leoninas.

La concordancia extranjera de este precepto legal la encontramos en el artículo 1341 del Código Civil italiano² y, con una regulación más reciente y detallada, en el Código Civil y Comercial de la Argentina que legisla sobre el particular en diversos artículos.³

Ahora bien, los límites de aplicación de las cláusulas vejatorias, según la norma bajo estudio, estarían delimitados por su incorporación en las cláusulas generales de contratación o en los contratos por adhesión no aprobados por la autoridad administrativa.⁴ Ambos tipos contractuales se encuentran regulados por el Código Civil. Esto

1 La redacción original de este artículo era distinta. La modificación se produjo por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto original de este precepto legal era el siguiente:

Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje.

2 Código Civil italiano de 1942:

Artículo 1341.- «Condizioni generali di contratto

Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.»

3 Código Civil y Comercial de la Argentina de 2015:

Se tienen, entre otros, a los siguientes:

Artículo 1119.- Regla general

Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Artículo 1120.- Situación jurídica abusiva

Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

4 Código Civil peruano:

Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

nos lleva a concluir que estas cláusulas están prohibidas, siempre y cuando estemos en el marco de estos tipos de contratos que necesariamente nos llevará al ámbito del derecho del consumidor.

La propia Exposición de Motivos⁵ del artículo 1398 establecía que:

Este precepto sanciona con invalidez las estipulaciones que puedan ser ostensiblemente onerosas para quien se adhiere o se incorpora a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, como son aquellas que favorezcan a quien las ha redactado estableciendo exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultándola a suspender la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato [...]. En este precepto se han tenido en cuenta aquellas situaciones que son las más notorias; pero admitimos la posibilidad de que pueda haber otras análogas y que no han sido consideradas en el texto. Desde luego, el artículo 1398 tiene carácter imperativo y, por lo tanto, no admite pacto en contrario.

De manera general, podríamos señalar que el objetivo de una norma como la del artículo 1398 del Código Civil, es la de impedir que exista una parte contratante que posea una ventaja excesiva en relación a su contraparte y, aprovechándose de ella, incluya cláusulas abusivas. Así, se busca otorgar cierto equilibrio a la relación obligacional que ambas partes van a establecer y que se verá reflejada en el contrato.

Sin embargo, somos conscientes de que, en toda celebración de un contrato de consumo, es común que exista una parte que tenga sobre la otra cierta ventaja; ello es usual y, en cierta medida, no habría nada de malo en ese hecho. Sin embargo, habrá casos en donde, debido a una serie de factores, una de las partes tiene una ventaja tal que hace que la otra parte se someta al contenido del contrato que aquélla le propone celebrar. Esa situación de poderío, que de por sí ya es natural, podría mutar a una situación de abuso si es que dicha parte incluye en el contrato una serie de cláusulas cuyo contenido le es abiertamente favorable, pues es dicha parte la que las redactó.

Ante este escenario surge la idea del legislador, de proteger a esta parte débil a través de la prohibición de la inclusión de una serie de cláusulas que el propio legislador considera abusivas para ese contratante.

Sobre el particular, se ha señalado que

[...] el ordenamiento jurídico sanciona con la invalidez a las cláusulas leoninas que perjudiquen de manera desproporcionada o inequitativa a los ad-

Adhesión de tercero.

Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

5 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Thomson Reuters, 2015, tomo VI, p. 85.

herentes, mientras que permanece válido y eficaz el resto del contrato. Con la invalidez de las cláusulas vejatorias o abusivas, lícitas o ilícitas, señaladas en el artículo 1398, cuya enunciación no puede ser limitativa, sino simplemente ejemplificativa, se persigue proteger no sólo al contratante débil, sino crear una especie de antídoto de razonabilidad y de justicia contra aquellas cláusulas apartadas de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, recuperándose, de este modo, la dimensión axiológica del derecho como producto cultural. Se funda, la invalidez, sobre la exigencia de proteger al contratante débil que no tiene el poder de negociar el contenido contractual.⁶

Sin embargo, se podría pensar que la existencia del artículo 1398 podría significar una contravención a lo establecido por el artículo 1354 del Código Civil, que establece que: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Empero, ello no es así, y para explicar la razón de esta afirmación, conviene diferenciar el concepto de contrato paritario con el de contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación.

De manera general se entiende como contratos paritarios, aquéllos cuyo contenido se va construyendo a través del intercambio de comunicaciones entre las partes, y en donde cada una va proponiendo una serie de aspectos que puede o no ser aceptada por la otra. En este tipo de celebración de contratos, las partes son sujetos de derecho que, por lo general, podrían encontrarse en similares condiciones y en donde la ventaja que uno puede ostentar frente al otro, no es tal que permita a aquél imponer el texto y contenido total del contrato a éste. En ese entender, es en este tipo de contratos en donde podría encontrar plena aplicación lo establecido por el artículo 1354 del Código Civil, pues en ellos las partes determinan paso a paso su contenido.

A su turno, los contratos por adhesión o los que contienen cláusulas generales de contratación tienen una finalidad orientada a facilitar la contratación en masa y en donde cobra especial importancia la figura del consumidor.⁷ Así, en este tipo de contratos, una de las partes de la relación obligacional, es la que impone el contenido a la otra, quien usualmente no tiene margen de negociación ni posibilidad de modificar algún extremo del contrato.

En ese entender,

Se trata de un ámbito donde las relaciones jurídicas entre los particulares se encuentran atravesadas por el interés público y limitadas por el orden público protectorio; pues es claro que en un sinnúmero de actividades cotidianas los consumidores se encuentran expuestos a riesgos que no pueden controlar, para lo que se hace necesaria la intervención de agencias u órganos

6 Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Lima: Instituto Pacífico, 2012, tomo I, pp. 481 y 482.

7 En el derecho peruano, estas figuras se encuentran reguladas entre los artículos 1392 a 1399 del Código Civil.

públicos que aseguren el control de la actividad, generalmente por medio de entes reguladores o de superintendencia, a fin de evitar perjuicios para los consumidores, débiles en la relación jurídica.⁸

De esta forma, la aplicación a estos casos de la norma contenida en el artículo 1354 del Código Civil se vería relativizada, pues la realidad enseña que en la contratación en masa es común y válido que una de las partes imponga a la otra su voluntad que se verá materializada en el contenido del negocio jurídico que las va a vincular. En esa línea, al estar frente a dos realidades distintas, no cabría afirmar que la contratación por adhesión —o que contenga cláusulas generales de contratación— supone una violación al principio de libertad contractual (regulado por el artículo 1354 mencionado), sino que estamos, en puridad, frente a dos fenómenos económicos (con claras consecuencias jurídicas) de distinta naturaleza y que se rigen por reglas específicas.

Ahora bien, y comentando la regulación que de esta figura realiza el Código Civil y Comercial argentino, se ha señalado con razón que,

El Código refuerza la protección contra la aplicación de las cláusulas abusivas con miras en el interés público comprometido y más allá de cualquier admisión de ellas por el consumidor. Se trata de un criterio sistémico, que sigue los lineamientos establecidos por la posición doctrinaria más amplia en la materia, por el que se procura cerrar las posibles fisuras del sistema, que pueden ser aprovechadas por quienes abusan de su posición dominante al tiempo de contratar. [...] El desequilibrio significativo relevante para la calificación de vejatoriedad es el normativo y no el económico. De acuerdo a lo establecido en la norma, en los contratos de consumo no se admiten mecanismos de convalidación de las cláusulas abusivas. Ellas se encuentran determinadas por su naturaleza y, verificada su existencia, corresponde excluirlas del sistema normativo. Expresamente, el artículo determina que aun cuando el contenido de la cláusula sea negociado individualmente con el consumidor, desprendiéndolo de la uniformidad estandarizada del modelo general, o aprobada especialmente por este en el contexto de la adhesión a un formato de cláusulas predisuestas, esas estipulaciones pueden ser declaradas abusivas.⁹

Así las cosas, el Código Civil peruano ha optado por regular de manera bastante general lo que la doctrina ha denominado como cláusulas abusivas. De hecho, el artículo 1398 no conceptualiza la figura, pero sí establece una serie de supuestos que podrían considerarse como inválidos si es que se incluyen en los contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, ya que considera que los mismos son abusivos para el contratante débil.

8 STIGLITZ, Rubén. En *Código Civil y Comercial de la nación comentado*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, tomo III, p. 493.

9 *Idem.*, p. 521.

A continuación, vamos a referirnos de manera breve a dichos supuestos, pero partimos de la premisa de que los mismos deben enmarcarse en contratos por adhesión o que posean cláusulas generales de contratación no aprobadas en sede administrativa. Veamos:

i. Estipulaciones de exoneración o limitación de responsabilidad

Se ha señalado¹⁰ que ninguna cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad puede amparar al predisponente que, de manera deliberada, incumple con sus obligaciones porque ello atentaría contra:

- El principio de la buena fe en la ejecución de los contratos (regulado por el artículo 1362 del Código Civil).¹¹
- El principio que establece que queda sujeto a la indemnización de daños quien no ejecuta sus obligaciones por dolo o culpa (artículo 1321 del Código Civil).¹²
- El principio que declara la nulidad de la renuncia anticipada a la acción que se funde en el dolo (artículo 218 del Código Civil).¹³

Cabe precisar que el artículo 1328 del Código Civil¹⁴ peruano regula la figura de la limitación convencional de responsabilidad (la misma que tiene un símil en el ámbito extracontractual en el artículo 1986).¹⁵ Sin embargo, esta posibilidad es válida en los contratos paritarios; pero, únicamente, cuando el incumplimiento obedece a culpa leve.

Así las cosas, y en una relación de consumo, la prohibición de la estipulación de este tipo de cláusulas se explica porque quien las impone estaría abusando de su posición de dominio para no enfrentar acciones futuras por responsabilidad contractual derivada del incumplimiento en el que, por dolo o culpa, esa misma parte incurriría.

10 Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, tomo I, p. 483.

11 Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

12 Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

13 Artículo 218.- Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

14 Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

15 Artículo 1986.- Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

Es claro que el abuso va a existir, pues la parte débil, que sería la parte perjudicada, no podría accionar y solicitar el resarcimiento por los daños que sufra ante el incumplimiento doloso o culposo de la parte que impuso esa limitación de responsabilidad. De ahí que la ley considere a este tipo de cláusulas como inválidas.

ii. La facultad de suspender la ejecución del contrato

Dentro de la normativa civil, se tienen los artículos 1426 y 1427 que establecen lo siguiente:

Artículo 1426.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.»

Artículo 1427.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

Las normas citadas constituyen supuestos en donde una de las partes del contrato puede suspender la ejecución de la prestación que tiene a su cargo, pero para que ello ocurra, debe producirse un incumplimiento de su contraparte, o un riesgo de que ello vaya a ocurrir. Es decir, estamos ante un caso de suspensión debidamente justificada.

Sin embargo, distinto sería el supuesto en el que en un contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la parte dominante pueda estipular que podrá suspender su pago sin más, es decir, sin que medie causa alguna que justifique ese proceder.

De la Puente¹⁶ sostiene —con razón— que si el predisponente se atribuye la potestad de suspender la ejecución de un contrato de prestaciones autónomas, en la cual no funciona la excepción de incumplimiento, si la otra parte no cumple la prestación a su cargo, esta estipulación sería inválida en un contrato celebrado por adhesión, o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente; sería igualmente inválida la estipulación que autoriza al predisponente a suspender la ejecución de un contrato a su solo arbitrio o por una causal diferente al incumplimiento de la contraparte. Para dicho autor debe considerarse que la vejatoriedad no queda excluida por el hecho que igual facultad de suspensión se establezca a favor de la contraparte. En efecto, no sólo la igualdad de las situaciones es más aparente que real, sino que, y esto es lo que más cuenta, se trata siempre de una cláusula que establece a favor del predisponente, una facultad de suspensión fuera de las previsiones legales.

16 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2007, 2.^a edición, tomo I, p. 786.

iii. *La facultad de rescindir o de resolver el contrato*

La rescisión es una figura que tiene una aplicación bastante limitada en nuestro Código Civil.¹⁷ Sin embargo, ello no ocurre con la figura de la resolución, pues es común que las partes pacten supuestos que gatillen la aplicación de esta figura o, sin pactarlo, la misma pueda ser aplicable a los negocios jurídicos que celebran.

Uno de los requisitos para que opere la figura de la resolución contractual, se encuentra en el incumplimiento de la ejecución de una prestación, de tal suerte que la parte afectada podrá resolver el contrato. De lo que se trata, es de que el camino resolutorio tenga como origen el perjuicio en la parte que utilizará dicha figura.

Sin embargo, puede ocurrir que una parte del contrato establezca supuestos en donde, sin causa ni justificación alguna, pueda proceder a resolver (o rescindir) el contrato. Son esos casos los que el artículo 1398, prohíbe.

Esta prohibición no sólo se limita al caso en el que no exista una justificación para resolver el contrato (que casi siempre, como dijimos, radica en un incumplimiento), sino que también podría darse en los casos en los que no estemos ante contratos con prestaciones recíprocas. Así, tampoco serán válidas las estipulaciones de este tipo que se incluyan en contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación que no se encuentren en el marco de contratos con reciprocidad de prestaciones.

iv. *La facultad de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones*

Esta prohibición va en contra del contenido del artículo 139.3 de la Constitución Política, que prevé el respeto a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, permitir que una parte prohíba a la otra la interposición de excepciones, importa, en buena cuenta, limitar su derecho de defensa.

Como sabemos, las excepciones son las defensas formales que todo sujeto de derecho puede interponer al interior de un proceso, y prohibirlas importaría, claramente,

17 Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

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

Artículo 1575.- Si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión.

Artículo 1582.- Puede integrar la compraventa cualquier pacto lícito, con excepción de los siguientes, que son nulos:

1.- El pacto de mejor comprador, en virtud del cual puede rescindirse la compraventa por convenirse que, si hubiera quien dé más por el bien, lo devolverá el comprador.

2.- El pacto de preferencia, en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo.

un abuso que atentaría contra el contratante débil de la relación obligacional. De ahí que el artículo 1398 las prohíba cuando se incluyan en contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa.

v. *La facultad de prorrogar o renovar tácitamente el contrato*

Para que un contrato se prorrogue o renueve, es necesario que exista una voluntad conjunta dirigida en ese sentido. Así, la facultad de prorrogar o renovar tácitamente vulneraría el requisito esencial de la existencia de un contrato, el mismo que recae en el acuerdo de voluntades. De esta manera, dicha posibilidad no será válida si es que se pacta a favor de la parte fuerte en un contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa.

vi. *Otras cláusulas vejatorias*

El profesor De la Puente¹⁸ enumera otras cláusulas que podrían considerarse como vejatorias, si es que se incluyen en el marco de un contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Veamos:

- Derogación de competencia jurisdiccional.
- Decadencia de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
- Reserva de propiedad en ventas a plazos.
- Renuncia al derecho de saneamiento por vicios ocultos.
- Renuncia al derecho de saneamiento por evicción.
- Estipulación de cláusulas penales.
- Restricciones a la libertad contractual en relaciones con terceros.
- Exclusión y limitación de garantías.

Por otro lado, y ya dentro de un plano jurisprudencial, en el Perú la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 1398 del Código Civil. Así, hemos podido encontrar tres sentencias cuyos extremos más relevantes pasamos a citar a continuación:

Se ha acreditado que existen cláusulas similares para todas las personas que contrataron con la entidad demandada, es evidente que sí nos encontramos ante un caso de cláusulas generales de contratación, pues éstas han sido prerredactadas, la empresa contratante realiza habitualmente el tipo de operaciones materia del contrato *sub-litis* y la ahora demandante tuvo la oportunidad de escoger entre varias alternativas, habiendo decidido optar por la ofrecida por la entidad. Por tanto, el Colegiado Superior incurrió en interpretación errónea del artículo 1392 del Código Civil, al sostener que

18 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo I, p. 792.

en el caso de autos no se presenta el supuesto de cláusulas generales de contratación. [...] El artículo 1398 del Código Civil debe ser entendido en el sentido de que es inválida la estipulación contenida en una cláusula general de contratación, no aprobada administrativamente, que establece, a favor de quien la ha redactado, la facultad de resolver el contrato, siempre que dicha facultad se sustente en supuestos diferentes a los reconocidos en nuestra legislación. [...] Ello es así, porque en caso contrario se llegaría a la situación absurda de que quienes incumplen contratos que contenga cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente gozarían en un manto protector respecto de lo que establecen, por ejemplo, los artículos 1428, 1429 y 1559 del Código Civil, que son precisamente el respaldo legal de lo establecido en la cuestionada cláusula cuarta del contrato *sub-litis*. [...].¹⁹

La Corte Superior ha resuelto prescindiendo de la prohibición expresa de sometimiento a arbitraje que para los casos de contratos por adhesión (características que corresponden a un contrato, en formato o modelo, de póliza de seguro) contiene el texto inicial del artículo 1398 del Código Civil, vigente en la oportunidad en que el demandante autorizó al Banco a contratar el seguro; asimismo, contrariamente a la motivación desarrollada, la impugnada resuelve inaplicando las normas acotadas y tomando como válidas cláusulas que son materia del pedido de nulidad, en vía de acción, como parte del petitorio que contiene la demanda. [...] En ese contexto, resulta incongruente y prematuro que las instancias de mérito se hayan pronunciado sobre la cláusula que contiene el convenio arbitral, mediante la cual las partes pactan que la discrepancia derivada del contrato que vincula a las partes sea resuelto por un arbitraje, ya que precisamente lo que se persigue con la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula que contiene dicho pacto arbitral, llegando incluso el Colegiado al absurdo de señalar en su segundo considerando que no existe declaración de nulidad de la referida cláusula, cuando en realidad la pretensión incoada tiene ese propósito, e ignorando el contenido normativo del artículo 1398 del Código sustantivo aplicable al caso de autos por razones de temporalidad.²⁰

Precisamos, en este caso, que antes de que el artículo 1398 tenga el texto que hoy posee, también se prohibía la inclusión de convenio arbitral en un contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa, porque se consideraba que era una estipulación abusiva.

En el presente caso, la nulidad de la cláusula cuarta del contrato *sub judice*, se basa en que contiene cláusulas generales de contratación según el

19 SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación n.º 2047-2007-Lima, de fecha 24 de julio de 2007.

20 SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación n.º 1085-2001-Lima, de fecha 13 de noviembre de 2001.

artículo 1392 del Código Civil, y que, por lo tanto, conforme al artículo 1398 del citado Código sustantivo, no son válidas dichas estipulaciones [...]. Examinada la cuestionada cláusula cuarta del mencionado contrato, se precisa que: «si la compradora dejara de pagar una de las armadas que se mencionan en la cláusula anterior, la Caja podrá, a su elección, ejecutar la hipoteca legal que se menciona en la cláusula octava o resolver el presente contrato de pleno derecho, sin que sea necesaria comunicación alguna a la compradora. En tal caso, la Caja tendrá derecho a retener a su favor las arras que se mencionan en los puntos 1 y 2 de la cláusula anterior». [...] De lo expuesto, se determina que dicha cláusula no se subsume en lo previsto en el artículo 1398 del Código Civil, ya que de ser así se llegaría al absurdo de que quienes incumplen contratos que contengan cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, gozarían de un manto protector respecto de lo que establecen, por ejemplo, los artículos 1428, 1429 y 1559 del Código Civil, que es precisamente el respaldo legal de lo establecido en la mencionada cláusula cuarta del contrato *sub-litis*. Por consiguiente, la norma material en comentario resulta impertinente para resolver el proceso, por lo que, el recurso extraordinario por la causal de aplicación indebida debe ser declarado fundado.²¹

Nosotros no compartimos lo señalado en este caso, ya que el extremo que señala que el contrato se revolverá sin que sea necesaria comunicación alguna, representa lo abusivo de la estipulación. Ello, debido a que para la existencia de una resolución contractual se requiere, necesariamente, que ésta sea comunicada a través de una carta simple o notarial, según sea el caso. En ese sentido, en este caso la citada cláusula sí sería abusiva.

Para finalizar con estos comentarios, resulta importante tener en cuenta que la regulación que el Código Civil realiza de esta figura no ha sido suficientemente adecuada para otorgar una adecuada tutela a los derechos de los contratantes débiles. De ahí que en el año 2010 entre en vigencia un Código del Consumidor que regula de manera mucho más concreta y específica este fenómeno.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CÓDIGO DEL CONSUMIDOR

Como se sabe,

El derecho del consumidor es fundamentalmente preventivo (y hasta precautorio), a la vista de ciertas características del mercado: la velocidad de las transformaciones; la aparición diaria de nuevas y más complejas modalidades de negocios y tecnologías; la vulnerabilidad del consumidor, bien para evitar, *per se*, el daño, bien para buscar su reparación; la naturaleza y dimensión de los accidentes de consumo, muchas veces de difícil repara-

21 SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación n.º 2961-2008-Lima, de fecha 23 de septiembre de 2008.

ción (cuando no imposible). El lanzamiento al mercado de productos defectuosos, puede tener ulteriores destructivas, menoscabantes, graves e irreversibles, que pueden afectar no solamente grandes masas de personas, consumidores o usuarios de los mismos, sino también el medio ambiente, con efectos que pueden atravesar la barrera temporal de las generaciones actuales.²²

En este escenario, este fenómeno ha originado que el contratante fuerte imponga al contratante débil una serie de estipulaciones contractuales que vulneran de manera directa los intereses de éste y rompe, sin causa ni justificación alguna, el aparente equilibrio que debería existir al momento de contratar. Ante dicha realidad el Estado, a través de la ley, impone ciertos requisitos y barreras para que no se produzcan estos abusos en una relación de consumo que, de por sí, es desventajosa para una de las partes.

En ese sentido, en el Perú está en vigencia el Código del Consumidor, en cuyo Capítulo II de su Título II, regula a las cláusulas abusivas (artículos 49 a 52, principalmente).

Así, se parte de la premisa de que en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas; y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja, de desigualdad o que anulen sus derechos.

En ese sentido, para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Asimismo, se precisa que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente, no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asume la carga de la prueba.

Por otro lado, el citado Código del Consumidor establece que son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación

22 TRIGO REPRESAS, Félix A. y Marcelo J. LÓPEZ MESA. «Tratado de la responsabilidad civil». Buenos Aires: La Ley, 2004, tomo III, p. 524.

razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.²³

- Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del Código del Consumidor.
- Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Por otra parte, el artículo 51 el Código del Consumidor establece que son cláusulas abusivas de ineficacia relativa (que se señalan de manera enunciativa, aunque no limitativa), las siguientes:

- Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Esto no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.
- Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.

23 Sobre el particular, debe tenerse en cuenta el artículo 1365 del Código Civil: Artículo 1365.- En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.

- Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

Teniendo en cuenta estos supuestos, que –como dijimos– no son los únicos, el Código del Consumidor establece que estas cláusulas abusivas son ineficaces; y, asimismo, son inaplicadas por la autoridad administrativa. En el Perú dicho organismo vendría a ser el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).²⁴

Cabe anotar que el ejercicio de esta facultad por dicha autoridad, se hace efectivo sin perjuicio de las decisiones que sobre el particular puedan ser adoptadas en el ámbito jurisdiccional o arbitral, según fuese el caso.

En ese sentido, es en ese escenario en donde el perjudicado (parte débil) podría iniciar acciones legales (distintas a las administrativas) que tengan como objetivo, entre otros, el resarcimiento por los daños y perjuicios que se le puedan haber ocasionado las cláusulas vejatorias.

Ahora bien, hemos podido encontrar dos casos muy interesantes que ha resuelto el Indecopi y que tienen como punto de análisis la existencia de supuestos de cláusulas abusivas, cuyos datos consignamos a continuación:

- i. Caso cines,²⁵ en el que se cuestionaba que algunas salas de cine prohibían a sus clientes ingresar con bebidas o alimentos que habían comprado fuera del establecimiento, es decir, esos consumidores sólo podían ingresar a la sala de cine con productos que la misma empresa les había vendido. Así, se acreditó que la restricción consistente en la prohibición a los consumidores de ingresar a las salas de cine con alimentos y/o bebidas adquiridas fuera del establecimiento comercial, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que limita los derechos de los consumidores.
- ii. Caso empresa de transportes,²⁶ en el que se discutió el contenido de los boletos que una empresa de transporte emitía a sus usuarios. Se advirtió que tanto la

24 Recomendamos la visita de su portal institucional <www.indecopi.gob.pe>.

25 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Resolución n.º 0219-2018/SPC-Indecopi, de fecha 2 de febrero de 2018, contenida en el expediente n.º 148-2017/CC2. Los datos del caso son los siguientes:

- Denunciante: Asociación peruana de consumidores y usuarios - Aspec.
- Denunciada: Cineplex S.A.
- Materias: idoneidad del servicio, contrato de consumo, prácticas abusivas, cláusulas abusivas, obligación de informar sobre restricciones de acceso.

26 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Resolución n.º 0012-2018/SPC-Indecopi, de fecha 5 de enero de 2018, contenida en el expediente n.º 0013-2016/ Indecopi-Pun. Los datos del caso son los siguientes:

- Denunciante: Procedimiento de oficio.
- Denunciada: Empresa de Transporte y Turismo MER S.R.L.
- Materias: idoneidad, cláusulas abusivas.

forma, como el contenido de dichos boletos, vulneraba una serie de derechos amparados por el Código del Consumidor y es que existían una serie de cláusulas que caían dentro de la categoría de abusivas. Por ejemplo, se halló responsable a la Empresa de Transportes por infracción al artículo 19 del Código, en tanto incluyó una cláusula por la cual se eximía de responsabilidad por pérdidas, daños o perjuicios causados por la demora en la salida o llegada de sus buses.

3. COMENTARIOS FINALES

Es natural que en una relación jurídica que se establezca en el marco de una relación de consumo, exista una parte débil y una fuerte. Sin embargo, lo que no debería ser natural es que esa situación sea en el escenario en el que se impongan cláusulas abusivas en desmedro de los derechos e intereses de esa parte débil.

La legislación peruana tiene una doble regulación para abordar esta problemática que tiene consecuencias jurídicas claramente distintas. Éstas se materializan tanto en el ámbito civil (teniendo como base el Código Civil), como en el ámbito administrativo (que se originan aplicando las normas contenidas en el Código del Consumidor).

Sin perjuicio de todo ello, sí resulta importante llenar algunos vacíos en la legislación civil que permita no sólo corregir y eliminar estas cláusulas abusivas, sino también otorgar un adecuado resarcimiento a los consumidores que se ven afectados por estas prácticas. Ésta constituye una tarea pendiente, ya que, si bien se ha avanzado mucho en el ámbito administrativo y sancionador, poco se ha hecho en relación al reconocimiento de los daños que todo usuario ha sufrido como consecuencia de la existencia de este tipo de cláusulas.

NULIDAD DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD OTORGADOS EN LOS PROGRAMAS MUNICIPALES DE VIVIENDA

*Héctor Josué Verastegui Huayante**

Sumario: 1. Introducción.– 2. Programa municipal de vivienda (Promuvi).– 3. Hechos usualmente alegados en las demandas de nulidad de títulos de propiedad.– 4. Incoherencias conceptuales en la aplicación de la teoría de la nulidad civil a los títulos de propiedad e inscripción.– 5. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, las municipalidades están facultadas para promover programas municipales de vivienda. Dichos programas son conocidos como Promuvi, y buscan dar vivienda a personas de escasos recursos. En abstracto, ése es el sentido de la norma; sin embargo, ya sea por la ambición de las personas o por la existencia de tramitadores –pueden ser los mismos dirigentes o personas externas– que prometen la obtención de un lote, o mafias que invaden terrenos, se han judicializado muchos casos porque la persona que obtiene el título de propiedad, no es la persona que vive en el lote, o no es el adjudicatario primigenio.

En algunos casos se ha titulado a un invasor, y cualquiera sea la razón, cuando el afectado recurre al ámbito jurisdiccional, interpone demanda de nulidad de acto jurídico, a efectos de que se declare la nulidad del título de propiedad n.º xxxx, de fecha xxxxxx, otorgada por la Municipalidad Provincial de xxxxx a favor de xxxx por

* Abogado por la Universidad Privada de Tacna, con estudios concluidos de la maestría en derecho constitucional en la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, coordinador del Grupo de Investigación en Justicia Constitucional (GRIJ) de la ESPG-UPT, director académico del Instituto de Investigación Jurídica *Ius Novum*, codirector de la Revista Jurídica *Ius Novum*, miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil y miembro fundador del Círculo de Estudios Jurídicos *Iusnova*.

las causales del artículo 219 incisos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Código Civil, y en forma acumulativa, la cancelación de la inscripción del título en la partida registral n.º xxxxxx de los Registros Públicos.

En el presente trabajo, analizaremos las incoherencias de cuestionar la validez de los títulos de propiedad de un Promuvi otorgados por un procedimiento administrativo de adjudicación de terrenos, mediante un proceso de nulidad de acto jurídico; debido a que los supuestos de nulidad en la vía civil, no están diseñados para cuestionar actos administrativos.

Ello se puede advertir, a partir de los hechos o circunstancias en los que se suelen basar este tipo de demandas, los mismos que no pueden ser encuadrados en los supuestos de nulidad de acto jurídico preceptuados en la legislación civil.

2. PROGRAMA MUNICIPAL DE VIVIENDA (PROMUVI)

El artículo 194 de la Constitución Política del Perú establece que las municipalidades tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Asimismo, en el artículo 79, numeral 2.2 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, tienen competencia para promover la ejecución de programas municipales de vivienda (Promuvi), sobre predios de su propiedad de libre disponibilidad, a favor de las familias de bajos recursos.

En este contexto, las municipalidades están facultadas para promover y fomentar programas sociales de vivienda para familias de escasos recursos económicos; en tanto, no exista norma especial que regule la disposición de los predios de dominio privado de libre disponibilidad de las municipalidades para realizar actos de disposición «con fines de construcción de viviendas de interés social».

Es así que, para los proyectos municipales de vivienda (Promuvi), las municipalidades provinciales, así como las municipalidades distritales por delegación; y en su caso, los gobiernos regionales, se encuentran válidamente facultados para determinar mediante ordenanza; y, de acuerdo al estudio técnico que se realice al respecto, aspectos concernientes a la adjudicación de terrenos vía Promuvi, como por ejemplo, establecer el procedimiento, requisitos, valor referente de tasación, el mismo que podrá ser un valor distinto y menor al valor comercial.

En ese sentido, puede regularse mediante ordenanza los aspectos concernientes a los Promuvi; sin embargo, la ordenanza debe emitirse de acuerdo con estos lineamientos legales:

a) *Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.* El artículo 79 de la Ley en mención, con relación a la Organización del Espacio Físico y Uso del Suelo, establece que son:

2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

2.2. Diseñar y promover la ejecución de Programas Municipales de Vivienda (Promuvi) para las familias de bajos recursos.

- b) *Reglamento de los Títulos II y III de la Ley n.º 28687 «Ley de Desarrollo Complementaria de la Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al Suelo y Dotación de Servicios Básicos»*. El artículo 14 del reglamento citado, aprobado por D.S. n.º 017-2006-Vivienda, establece lo siguiente:

14.1. Los Proyectos Municipales de Vivienda-Promuvi se financian principalmente con recursos del gobierno local y de los beneficiarios, a los cuales pueden sumarse el financiamiento de los gobiernos regionales, y las donaciones de las empresas privadas las cuales serán reconocidas por las respectivas municipalidades.

[...]

14.4. El gobierno nacional coadyuvará a financiar a los beneficiarios de los Promuvi, mediante los Bonos de Mejoramiento Barrial y Familiar Habitacional, según su normatividad.

- c) *D.S. n.º 005-2006-Vivienda que aprueba el «Plan Nacional de Vivienda-Vivienda para Todos»*. «Lineamientos de Política 2006-2015». El citado decreto supremo, dentro del rubro «Líneas de Acción Programática» desarrollados en el numeral 2.6, y en el punto «Producción Habitacional», al cual hace referencia el numeral 2.6.1, se propone lo siguiente:

- Asegurar la disposición de suelo urbano para la atención de la demanda habitacional y de equipamientos urbanos, previendo, sobre todo, que pueda contarse con suelo para el desarrollo de programas habitacionales dirigidos a familias de bajos ingresos.
- Promover el desarrollo de proyectos inmobiliarios, prioritariamente para vivienda social, en los terrenos e inmuebles que conforman la Bolsa de Tierras, mediante distintos programas.
- Estimular el crecimiento vertical u horizontal residencial mediante la adición de nuevas unidades de vivienda en los aires o en áreas libres de una vivienda ya producida o existente.

Para el efecto, será necesario:

- Impulsar la participación de los gobiernos locales, mediante Programas Municipales de Vivienda, encargados de la organización de la demanda y la facilitación de proyectos.

En el caso de la ciudad de Tacna, los Programas Municipales de Vivienda se desarrollan al amparo del reglamento aprobado por Ordenanza Municipal n.º 0019-2003, modificado por O.M. n.º 015-2006, O.M. n.º 0031-2007, O.M. n.º 0010-2008, O.M. n.º 0031-2009 y O.M. n.º 0043-2009.

Así también, en Arequipa, mediante Ordenanza Municipal n.º 1033 de fecha 18 de enero del 2017, se establecieron las reglas para la creación, diseño y promoción de ejecución del programa de vivienda municipal. De igual manera en la ciudad de Ilo, mediante Ordenanza Municipal n.º 575-2015-MPI, se aprobó la creación

del Programa Municipal de Vivienda XII; y, posteriormente, por Decreto de Alcaldía n.º 01-2017-MPI, se aprobó el Reglamento del Programa Municipal de Vivienda XII.

Estos programas se caracterizan por estar dirigidos a personas de escasos recursos que no tienen vivienda alguna, por ello, se establecen ciertos requisitos, orientados a calificar ambas condiciones, y el procedimiento se divide en tres etapas, postulación, adjudicación y titulación.

Nótese que en todo momento se trata de cumplir el procedimiento administrativo establecido mediante ordenanza municipal. No existe posibilidad de que el administrado (postulante para la adjudicación de un lote) pueda negociar el precio o la ubicación del lote; porque no es una asociación privada que haya lotizado un predio, sino que se trata de terrenos municipales de dominio privado; y tanto para la emisión del acta de adjudicación y título de propiedad se emite una resolución administrativa.

3. HECHOS USUALMENTE ALEGADOS EN LAS DEMANDAS DE NULIDAD DE TÍTULOS DE PROPIEDAD

- a) Que el título de propiedad materia de nulidad dado a favor del demandado, no ha sido otorgado conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades n.º 27972 y el Decreto Supremo n.º 007-2008-Vivienda; además, de no haber cumplido con los requisitos establecidos; y, mucho menos, adjunta los documentos que acrediten la legalidad del acto administrativo de otorgamiento del título de propiedad a favor del demandado y que en ningún momento el mismo estuvo en posesión.
- b) Que el recurrente se encuentra en posesión pacífica continua y de buena fe sin interferencia de terceros desde el día 10 de agosto del 2009 y que le resulta sospechoso que la Municipalidad Provincial de Tacna haya titulado a la demandada el 29 de marzo de 2010, cuando la demandada nunca ejerció posesión sobre el bien inmueble cuando debieron verificar la posesión a favor de la persona que lo estaba solicitando.
- c) Que el título de propiedad de fecha xxxx estableció como causales de reversión, la falta de posesión directa continua y pacífica de lotes de terreno en un plazo de xxxx años, desde la celebración del acta de adjudicación provisional o del título de propiedad, y que la demandada no ha ejercido posesión alguna sobre el bien inmueble ubicado en xxxxxxxxxxxx. Como tal, el título de propiedad n.º xxxxxx es nulo por haberse transgredido e infringido el inciso a) del artículo 27 del Reglamento de Programas Municipales de Vivienda, aprobado por la O.M. n.º 019-2003, modificado por la O.M. n.º 0031- 2007, OM, N° 010- 2008, O.M. N° 0031-2009 y O.M. n.º 0043-2009, que señala que es causal de reversión, entre otros, la falta de posición directa pasiva y continua del lote de terreno Promuvi.
- d) Que la demandada jamás ha ejercido posesión sobre el bien inmueble por lo que no reunía los requisitos para los fines de la titulación el mismo que adolecería de nulidad al existir ausencia de ciertos requisitos.

- e) El demandante se encuentra empadronado en la Asociación de Vivienda xxx, que incluso se le ha otorgado una constancia como consecuencia de la posesión, que ha procedido a cercar el lote y efectuando construcciones en el interior del lote con material noble, asimismo, ha peticionado al Señor alcalde, la reversión del lote, dando a conocer que el demandante se encuentra en posesión en forma tranquila y pacífica desde el mes de marzo de 2011, que la codemandada tenía una acta de adjudicación, quien no había cumplido con ocupar en el plazo de previsto, desde la fecha de adjudicación, de acuerdo con el reglamento de Promuvi; manifiesta que, la Municipalidad Provincia de Tacna, ha persistido y continuado con el trámite de otorgamiento del Título de Propiedad el mismo que se ha expedido en fecha xxxx, e inscrito en los Registros Públicos.

4. INCOHERENCIAS CONCEPTUALES EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA NULIDAD CIVIL A LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD E INSCRIPCIÓN

4.1. *Diferencias entre acto jurídico y acto administrativo*

Existe cierta confusión entre ambos términos, debido a que ambos suelen ser entendidos como manifestación o declaración de voluntad con la intención de producir determinado efecto jurídico; sin embargo, Christian Guzmán Napurí,¹ critica que en el acto administrativo pueda existir una declaración de voluntad y precisamente sobre dicha base se construye una diferencia básica e importante, puesto que como bien señala el profesor antes mencionado «no resulta adecuado asignarle voluntad a la Administración Pública, toda vez que el mismo actúa —o debe actuar— de conformidad con las normas legales preexistentes. Es aquí donde encontramos la principal diferencia entre el acto jurídico civilmente entendido y el acto administrativo. El primero es siempre una manifestación de voluntad de una persona cuya determinación es enteramente libre. El acto administrativo, en cambio, se sujeta a un procedimiento y a una razón de ser. No puede afirmarse que existe voluntad de la Administración, pues el accionar de la misma no es libre. La única voluntad admisible es la del constituyente o la del legislador, ninguno de los cuales desempeña función administrativa. El acto jurídico civil —de carácter privado— es un acto que tiene un componente volitivo ineludible y que admite, en ocasiones, un componente cognitivo. El acto administrativo sólo admite componentes cognitivos, puesto que resulta ser el resultado de un procedimiento previo, regulado por la ley».²

La voluntad ha jugado un papel importante en la teoría del acto jurídico, llegando incluso a confundirla con el acto jurídico en sí mismo, o considerándola como un elemento esencial del acto. Ahora bien, no se trata sólo de voluntad, sino de una voluntad libre y por qué es libre, porque es de carácter privado y su único límite es la

1 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual del procedimiento administrativo general*. Lima: Pacífico Editores, tercera edición, 2017, p. 337.

2 *Ibidem*.

Ley. En cambio, en el acto administrativo, no se vislumbra el elemento esencial de la voluntad, sino una serie de pasos a seguir para la obtención de un resultado que es la emisión de un acto administrativo.

Por ejemplo, en el caso concreto los títulos de propiedad otorgados en el marco de un Programa Municipal de vivienda en la ciudad de Tacna, el área correspondiente previa inspección ocular en el inmueble, emite un informe legal a la subgerencia de acondicionamiento territorial, luego la subgerencia emite un informe a la Gerencia de Desarrollo Urbano y dicha gerencia emite una resolución administrativa autorizando la emisión del título de propiedad, el cual deberá ser suscrito por el alcalde, qué tanto se ha informado o en qué se ha motivado dicha resolución, en que el adjudicatario a cumplido los requisitos para la titulación establecidos en el artículo 36 de la Ordenanza Municipal N° 31-2007 que señala lo siguiente:

Del Trámite de Otorgamiento de Título de Propiedad: Es el documento que corresponde a la última etapa de adjudicación y por el que el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tacna, otorga el título de propiedad a los adjudicatarios. Constituyen requisitos para acceder al título de propiedad las condiciones mínimas establecidas en los artículos 23 y 24 del D.S. 004.85-VC y los siguientes:

- a) Haber ocupado de manera personal y continua el lote de terreno.
- b) La solicitud de otorgamiento de título de propiedad.
- c) Haber efectuado el pago correspondiente a expedición de título de propiedad.
- d) Haber cancelado el valor total del terreno.

Podemos apreciar que el otorgamiento de un título de propiedad en un PROMUVI se trata de un procedimiento administrativo, que tiene reglas preestablecidas, las cuales de cumplirse deberán generar cierto resultado, no es arbitrario, tampoco está sujeto a la voluntad de las partes, es decir, habiendo cumplido todos los requisitos, a la municipalidad no le queda otra opción que entregar el título de propiedad. En consecuencia, no estamos frente a un acto jurídico negocial, sino ante un acto administrativo y por lo tanto, resulta imposible adecuar el esquema establecido en el artículo 140 del Código Civil a la estructura de este tipo de acto jurídico administrativo.

4.2. Sobre las causales de nulidad utilizadas para cuestionar la validez de los títulos de propiedad otorgados en un Promuvi

En este tema parece suceder lo mismo que con el problema generado por la disposición unilateral de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, en el sentido que la jurisprudencia, se ha desviado de lo que la doctrina ha entendido como causales de nulidad.

Las causales de nulidad establecidas en el artículo 219 del Código Civil, no están diseñadas para criticar la invalidez de actos administrativos, ello parece obvio, sin embargo, algunos jueces no parecen entenderlo y fuerzan –en el mejor de los casos– o distorsionan –en el peor de los casos– el significado de algunas de dichas causales.

Debemos entender que, por intermedio de las causales de nulidad del Código Civil, no es posible cuestionar el procedimiento administrativo, lo cual es alegado usualmente en los casos de nulidad de título de propiedad, dicho de otra forma, no es posible mediante la nulidad de acto jurídico que el incumplimiento de ciertos requisitos para la obtención del título de propiedad puedan ser una causal de nulidad.

a) Cuando su fin sea ilícito

¿Entregar un título de propiedad es lícito o ilícito? ¿Inscribir un título de propiedad es lícito o ilícito? ¿Qué se entiende por fin ilícito?, Juan Espinoza Espinoza nos responde afirmando que «la licitud puede tener una acepción formal (conformidad a las leyes imperativas, que la acerca al concepto de legalidad) y una acepción material (conformidad con los principios y valores jurídicos)».³ Por otro lado, Leysser León considera que «La conformidad del negocio al ordenamiento puede ser enfocada desde varios puntos de vista, teniendo en cuenta que, estructuralmente, la figura analizada comprende un elemento interno (voluntad) y uno externo (manifestación). La ilicitud, o sea la oposición a la ley o antijuridicidad del negocio puede ser predicada respecto de cualquiera de dichos elementos, independiente, o de ambos, y en tales supuestos el negocio se tendrá por ilícito y, por lo tanto, nulo».⁴

No es posible discutir sobre la ilicitud de un título de propiedad, porque el mismo, es la consecuencia de una Resolución Administrativa, dichas resoluciones están premunidas de una presunción de legalidad, y sólo el órgano emisor o el superior jerárquico puede anularla. Por otro lado, tampoco puede discutirse si la voluntad (interna y externa) de la institución era oponerse o contradecir la ley o algún texto normativo; porque simplemente, como ya hemos apuntado anteriormente la Administración no tiene voluntad libre, sino que su decisión tendrá que tomar la forma ya establecida en la legislación.

Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que para que exista fin ilícito, son ambas partes —el otorgante del título y quién recibe el título— quienes se deben haber puesto de acuerdo para poder cometer dicho fin ilícito con apariencia de legalidad; y como no se puede probar dicha situación, las demandas son declaradas infundadas.

b) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Juan Lohmann Luca de Tena establece que la presente causal se refiere «a las solemnidades que deben acompañar la celebración de algunos negocios. Se entiende que lo de prescrita equivale a establecida expresamente por la ley».⁵

3 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Rodhas, 2012, tercera edición, p. 508.

4 LEÓN HILARIO, Leysser. «Introducción al régimen de los negocios jurídicos en el Código Civil». En *Negocio jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 2014, p. 71.

5 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1997, tercera reimpresión, p. 541.

En el caso concreto del otorgamiento de un título de propiedad otorgado en un Promuvi, los demandantes suelen hacer referencia a la forma que se siguió para el otorgamiento del título, señalan que la forma ha sido ilícita e irregular; es decir, sin haberse cumplido ninguno de los requisitos establecidos en el texto normativo para la entrega del título de propiedad. Sin embargo, el supuesto normativo por el que se estipula la nulidad del acto jurídico, debe entenderse como la forma del acto jurídico, y la forma puede ser *ad probationem* o *ad solemnitatem*, para la transmisión de bien inmueble, la forma que el Código Civil establece no es solemne, puede ser escrita o verbal, puede ser por escritura pública o documento privado; en consecuencia, la legislación civil cuando hace referencia a la forma como causal de nulidad sólo puede prediarse cuando es exigible una forma *ad solemnitatem* del acto jurídico.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el año 2016 se realizó un Pleno Jurisdiccional Distrital en la Corte Superior de Justicia del Santa donde un tema puesto a debate fue si es procedente la demanda de nulidad de acto jurídico contra el acto de inscripción del derecho de propiedad derivado del procedimiento de Cofopri (PETT). Se establecieron 2 posiciones:

Posición 1: La demanda es improcedente, en la medida que la inscripción derivó de un procedimiento administrativo, que es revisable solo en el proceso contencioso administrativo.

Posición 2: El acto de inscripción es, con sus particularidades, un acto jurídico, por lo que puede ser cuestionado en un proceso civil. El derecho no puede permitir la consolidación de un fraude.

Asimismo, se establecieron grupos de trabajo los cuales establecieron las siguientes razones a favor de la segunda posición:

- a) El acto de inscripción es, con sus particulares, un acto jurídico, por lo que puede ser cuestionado en un proceso civil. El derecho no puede permitir la consolidación de un fraude, puesto que es más garantista y se acerca a su realidad, respaldando así los fines del proceso.
- b) Desde el aspecto constitucional busca la garantía y materialización de los derechos constitucionales sustantivos, incluso la vía procedimental cognitiva que el proceso garantiza.
- c) Es claro que entre particulares las acciones personales se regulan en el Código Civil; y en las relaciones de particulares y Estado son relaciones de naturaleza pública que suponen resueltos vía acción contenciosa administrativa; sin embargo, la comisión considera que ante supuestos de arbitrariedad, ilicitud y nulidad virtual entre otros, si es posible el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva vía acción de nulidad de acto jurídico, respecto a la actuación realizada por la administración.

Las razones expuestas precedentemente de orden constitucional giran en torno a no dejar en indefensión al demandante; puesto que dichas demandas deberían ser declaradas improcedentes; sin embargo, no han considerado que el ciudadano que recu-

re al órgano jurisdiccional corre mayor peligro debido que si su demanda se declarada infundada -como sucede en muchos casos- habrá perdido tiempo y dinero.

El problema de la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 140 del Código Civil, definitivamente nos lleva a cometer errores de interpretación, la nomenclatura «acto jurídico», que en realidad se refiere sólo a los actos jurídicos negociales (connotación privada); por tanto, los esquemas negociales (estructura del negocio jurídico) y el esquema de nulidades de la legislación civil, sólo pueden ser utilizadas para los actos jurídicos negociales de los particulares o entre particulares.

El pedido de nulidad de un título de propiedad de un Promuvi, puede ser declarado infundado debido a que en el proceso civil no es posible debatir el incumplimiento de requisitos para la obtención de dicho título; ello, corresponde a un análisis de legalidad que sí se puede debatir en el proceso contencioso administrativo.

LIBRO DE PONENCIAS DEL XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL - TACNA,
se imprimió en la República del Perú en el 2019.